

Ricardo Sontag

Código e Técnica. A reforma penal brasileira de 1940,
tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson
Hungria.

Dissertação apresentada ao
Curso de Pós-graduação
Stricto Sensu em Direito,
Programa de Mestrado, da
Universidade Federal de Santa
Catarina, como requisito à
obtenção do título de Mestre
em Teoria e Filosofia do
Direito.

Orientador: Dr. Arno Dal Ri Júnior

Florianópolis
2009

Autor: Ricardo Sontag

Título: Código e Técnica. A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria.

Dissertação apresentada ao
Curso de Pós-graduação
Stricto Sensu em Direito,
Programa de Mestrado, da
Universidade Federal de
Santa Catarina, como
requisito à obtenção do título
de Mestre em Teoria e
Filosofia do Direito, aprovado
com 10 (dez)

Florianópolis - SC, 16 de novembro de 2009.

Dr. Arno Dal Ri Júnior, Universidade Federal de Santa Catarina

Dr. Antonio Carlos Wolkmer, Universidade Federal de Santa
Catarina

Autor: Ricardo Sontag

Título: Código e Técnica. A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria.

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, Programa de Mestrado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Teoria e Filosofia do Direito, aprovado com 10 (dez).

Florianópolis - SC, 16 de novembro de 2009.

Dr. Arno Dal Ri Júnior, Universidade Federal de Santa Catarina

Dr. Airton Cerqueira Leite Seelaender, Universidade Federal de Santa Catarina

Dra. Ana Lúcia Sabadell, Universidade Federal do Rio de Janeiro

Dra. Vera Regina Pereira de Andrade, Universidade Federal de Santa Catarina

RESUMO

Existe uma diferença histórica relevante no modo como é abordado o problema da codificação entre a segunda metade do século XVIII e início do XIX em relação às primeiras décadas do século XX. A historiografia das codificações já deixou significativos indícios a esse respeito - um exemplo é a idéia de decantação técnica dos ideais jurídicos modernos ao longo do século XIX. A análise levada a cabo aqui leva em consideração esses dados, mas, também, o conceito semiológico de ‘leitor pressuposto’, com o objetivo de escapar das infundadas discussões sobre as características estruturais que definem um ou outro tipo de código, e a noção de ‘especificidade histórica’ que serve para evitar tanto a diluição da reforma penal brasileira de 1940 em durações demasiado longas, como a monumentalização das suas particularidades. O campo de problemas vinculado ao código é analisado a partir do pensamento de Nelson Hungria porque, tendo em vista o conceito de ‘leitor pressuposto’, as palavras de Hungria a respeito do modo adequado de ‘ler’ o novo código são muito indicativas porque estamos falando, exatamente, de um dos seus principais ‘autores’. O alto grau de tecnicidade do código já é, em si, um sinal do tipo de leitor que esse texto pressupunha, para além do problema dos destinatários do comando, não necessariamente do texto. Essa ‘tecnicização da legislação’ dependia, primeiro, das redes de colaboração internacionais entre penalistas que promoviam, por exemplo, a circulação em escala mundial de códigos e projetos de código, e, depois, de processos de escritura que foram bastante facilitados pelas escolhas institucionais do Estado Novo, como o uso de comissões técnicas com as suas vantagens de centralização autoritária. Nada disso quer dizer que não houvesse uma forte dimensão política no processo de codificação, mas, as formas como elas se relacionam podem variar: no caso, a atitude tecnicista, que esvaziava o antigo empenho civil da penalística do século XIX, diminui radicalmente o sentido de controle do arbítrio legislativo da fórmula de Francesco Carrara segundo a qual uma codificação não poderia nunca colocar-se na contramão dos ditados da ciência jurídico-penal. O sucesso do novo código dependia, ainda, segundo Hungria, da atitude adequada dos seus leitores-penalistas: era necessário comprometer-se com a eficácia judicial das normas positivadas, e, para tanto, era preciso que a ciência jurídico-

penal encontrasse seus fundamentos rigorosamente na lei, e o melhor modelo para alcançar esse objetivo seria a dogmática tecnicista. A retórica do tribunal do júri, por sua vez, era acusada por Hungria de elidir a adequada aplicação judicial da lei e de trazer todos os malefícios para o saber jurídico-penal. Por essa razão, o júri deveria ser eliminado, ou, pelo menos, fortemente controlado. A centralidade atribuída à lei no ensino do direito penal por Roberto Lyra - apesar das divergências técnicas e científico-metodológicas com Nelson Hungria - completa o quadro através de um “excursus”, já que Hungria escreveu muito pouco sobre ensino.

Palavras-chave:

História do direito penal – codificação – tecnicismo – júri – ensino jurídico – Nelson Hungria

RIASSUNTO

Vi è una differenza storica rilevante fra il modo di trattare il problema della codificazione nella seconda metà del Settecento e inizi dell'Ottocento rispetto alle prospettive dei primi decenni del Novecento. La storiografia delle codificazioni ha già individuato rilevanti indizi sull'argomento: ne è un esempio l'idea di una decantazione tecnica degli ideali giuridici moderna lungo l'Ottocento. Questa ricerca prende in considerazione questi indizi, ma anche il concetto semiologico di 'lettore presupposto', con l'obiettivo di non entrare nelle infinite discussioni sui tratti strutturali che definiscono i tipi di codici; e il concetto di 'specificità storica' che serve sia per evitare di diluire la riforma penale brasiliana del 1940 in durate troppo lunghe, sia per non "monumentalizzarle" le particolarità del codice. Il campo di problemi vincolato al codice è analizzato nel pensiero di Nelson Hungria perché, con il concetto di 'lettore presupposto', le parole di Hungria su come 'leggere' il codice sono molto importanti, giacché egli è, appunto, uno dei principali 'autori'. L'alto grado di tecnicità è, in se stesso, un segno del tipo di lettore che questo testo presupponeva, al di là del problema del destinatario del comando, non necessariamente del testo. Questa 'tecnicizzazione della legislazione' dipendeva, in primo luogo, delle reti di collaborazione internazionale dei penalisti che promuovevano, ad esempio, la circolazione mondiale di codici e progetti di codici, e, poi, dei processi di scrittura legislativa che furono messi in opera dallo *Estado Novo* a causa dei vantaggi per la centralizzazione autoritaria che questi metodi portavano. Ciò non vuol dire che non vi fu una forte dimensione politica nel processo di codificazione, però le forme di questo rapporto possono subire variazioni: in questo caso, l'approccio tecnicista, che svuotava l'antico impegno civile della penalistica ottocentesca, sminuisce radicalmente il senso di controllo dell'arbitrio legislativo della formula di Francesco Carrara secondo la quale una codificazione non potrebbe mai contraddire i dettati della scienza giuridico-penale. Il successo del nuovo codice dipendeva, secondo Hungria, del giusto approccio dei suoi lettori-penalisti: vi era la necessità di compromettersi con l'efficacia giudiziale delle norme positive, per farlo la scienza giuridico-penale dovrebbe trovare i suoi *fondamenta* rigorosamente nella legge, e il miglior modello per raggiungere quest'obiettivo sarebbe la dogmatica tecnicista. La retorica

della giuria popolare, invece, era accusata da Hungria di eludere l'applicazione giudiziale della legge e di portare tratti indesiderabili alla scienza giuridico-penale. Perciò, la giuria popolare avrebbe dovuto essere eliminata oppure fortemente controllata. La centralità attribuita alla legge nell'insegnamento del diritto penale da Roberto Lyra – nonostante le divergenze tecniche e scientifico-metodologiche con Nelson Hungria – completano il percorso con un “excursus”, giacché Hungria ha scritto pochissimo sull'insegnamento del diritto.

Parole - chiave:

Storia del diritto penale – codificazione – tecnicismo – giuria popolare – insegnamento del diritto – Nelson Hungria

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	10
INTRODUÇÃO	11
1 CÓDIGOS: POR UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA	18
2 “TECNICIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO”: O CÓDIGO COMO OBJETO TÉCNICO	33
2.1 O ESTADO NOVO	34
2.2 A COMISSÃO TÉCNICA	45
2.3 AS REVISTAS ESPECIALIZADAS, AS ASSOCIAÇÕES DE PENALISTAS, OS CONGRESSOS DE DIREITO PENAL	51
2.4 O TEXTO TÉCNICO	56
2.5 AS MARGENS	60
3 “FETICHISMO DAS TABOAS”: O PENALISTA E A LEI	70
3.1 OS JURISTAS (E OS OUTROS)	71
3.2 A RETÓRICA, O DEBATE DAS ESCOLAS, A DOGMÁTICA	72
3.2.1 A EXEGESE, O SISTEMA	74
3.2.2 A CRÍTICA	79
3.2.3 A EFICÁCIA DAS NORMAS	84
3.3 OS LEGISLADORES	87

4 “A ELOQUÊNCIA FARFALHANTE DA TRIBUNA DO JÚRI”: O TRIBUNAL POPULAR E A LEI	93
4.1 A ELOQUÊNCIA	94
4.2 A SOBRIEDADE.....	97
4.3 O JÚRI (E A SOBRIEDADE).....	99
4.4 O JÚRI (E A ELOQUÊNCIA)	106
4.5 OS CONTEXTOS	111
4.6 O “ARQUIVO ESCONDIDO”	113
4.7 OS MAGISTRADOS	118
5 “VERBALISMO DE JORNAL”: O ENSINO DO DIREITO PENAL E A LEI EM ROBERTO LYRA (EXCURSUS).....	123
5.1 O ENSINO, A LEI	124
5.2 A “SEIVA SOCIOLOGICA”, A CIÊNCIA (METALEGISLATIVA)	133
5.3 O SABER SAPIENCIAL, O SABER ENSINADO	136
CONSIDERAÇÕES FINAIS	145
REFERÊNCIAS	151

AGRADECIMENTOS

Como essa pesquisa é a continuação de outras anteriores, muitos dos agradecimentos já foram feitos, e eu gostaria que todos lá referenciados se sentissem novamente cumprimentados. Porém, vale a pena reiterar e atualizar alguns desses agradecimentos: a começar pelos membros da banca: à prof.a Ana Lúcia Sabadell que aceitou o convite para vir à Florianópolis não obstante a sua enorme carga de trabalho entre Rio de Janeiro e São Paulo; ao prof. Airton que sempre acompanhou com interesse as minhas pesquisas (e essa em particular); à prof.a Vera que também me acompanha faz tempo e sempre me apoiou. Aos meus familiares, na pessoa do meu pai que esteve presente na defesa pública; aos meus amigos; aos integrantes do *ius commune* (acho que eu já disse o quanto vocês fazem falta e o quanto o trabalho coletivo ajuda em uma pesquisa); e às duas pessoas a quem eu gostaria de dedicar essa pesquisa: prof. Arno que é, cito palavras do prof. Stefano Solimano de Milão, “*grande organizzatore di cultura ed un maestro generoso ma anche esigente*” [um grande organizador de cultura e um mestre generoso, mas também exigente]. Por isso, me orgulho de ter sido um orientando do prof. Arno; a minha esposa Sabrina que, além de ter colaborado materialmente nessa pesquisa me guiando em São Paulo (para ir na biblioteca do Largo São Francisco) e tirando fotos de milhares de páginas de artigos jurídicos antigos, ainda resistiu aos percalços que a vida acadêmica traz para um casamento.

INTRODUÇÃO

“Feliz da nação onde as leis não fossem uma ciência!” (BECCARIA, [1764] 1964, p. 26)¹. Na sequência da argumentação, Beccaria complementa o quadro fazendo um elogio aos juízes não-técnicos, adequados para um novo processo onde os magistrados não deveriam ser mais do que aplicadores da lei e inquiridores da verdade dos fatos. Jeremy Bentham, o principal teorizador da idéia de código da época de Beccaria, acreditava, exatamente, que o *pannomion* (o código completo de legislação) pudesse tornar dispensável quase toda a linguagem tecnico-jurídica, reduzindo quase ao grau zero o papel dos juristas como grupo de especialistas na constituição do campo jurídico². Em uma passada de olhos, mesmo superficial, sobre as discussões em torno da reforma penal brasileira de 1940, a impressão é a de estar contemplando um mundo completamente diferente. A legislação aparece como uma questão que compete eminentemente a ciência jurídica e é discutida nesses trilhos. Sobre o clima intelectual do final do séc. XVIII e início do séc. XX, Gaetano Filangieri dizia que a legislação era o objeto principal de todos aqueles que pensam³. Colocando lado a lado essa frase e alguns artigos de Nelson Hungria ([1941] 1945) ou de Antonio José da Costa e Silva (1939), a distancia que separa os dois contextos não pode ser avaliada senão como astronômica, afinal, nem todos aqueles que pensam, por melhor que pensem, conseguiriam acessar esses textos de Hungria e de Costa e Silva.

Evidentemente, uma parte dessa impressão não se deve a uma transformação histórica em sentido estrito. Nelson Hungria e Antonio José da Costa e Silva estão tratando de um projeto concreto e específico de codificação, enquanto Jeremy Bentham e Cesare Beccaria estão elaborando filosoficamente uma noção de direito e de código. Muito cedo, mesmo os projetos de codificação levados a cabo sob a égide do

¹ No original, em italiano: “Felice quella nazione dove le leggi non fossero una scienza!”

² Para as referências de Jeremy Bentham sobre as relações entre a sua visão acerca da linguagem dos juristas, ciência jurídica e codificação, peço licença para remeter a dois outros textos onde pude debruçar-me mais detidamente no assunto: SONTAG, 2007 e 2008.

³ “La natura in ogni epoca imprime, per così dire, il medesimo suggello a tutte le anime, e i medesimi oggetti ispirano loro le medesime idee. La legislazione è oggi questo oggetto comune di coloro che pensano.” (FILANGIERI, [1780] 1864, p. 35-6)

pensamento de personagens como Beccaria e Bentham, tiveram que prestar contas com a técnica e a linguagem dos juristas. A pista que pretendo seguir, porém, é que essa aparente incompatibilidade entre a frase de Filangieri e o contexto do século XX, entre as concepções de um Beccaria ou de um Bentham e a noção de código subjacente a projetos de codificação como o brasileiro de 1940, não se explicam somente com esse argumento simples. Trata-se de levar à sério a primeira impressão, desenvolvendo a hipótese, portanto, que existe uma diferença histórica relevante entre esses dois extremos da modernidade, o primeiro marcado pelo Iluminismo, e o segundo pelo período compreendido, grosso modo, entre o final do século XIX e as duas guerras mundiais, que é onde se localiza a elaboração do último código penal brasileiro.

Admitir que existem diferenças históricas relevantes entre esses dois pontos de referência pode parecer um dado óbvio (dependendo do referencial adotado), afinal, mais de cem anos os separam. De qualquer forma, ainda restaria o trabalho historiograficamente importante de definir mais detalhadamente quais seriam essas diferenças. Por outro lado, a historiografia das “longas durações” poderia tentar até mesmo negar a existência ou a relevância dessas diferenças. O ponto de partida aqui adotado é que analisar diferenças históricas não é simplesmente uma tarefa de reconhecimento de dados de fato, mas uma obrigação metodológica, que faz com que “inventariar (ou relatar) diferenças”, para usar a expressão de Paul Veyne (1983) torne-se o coração da operação historiográfica. Portanto, ‘elaborar o objeto em descontinuidade’ é parte integrante, na concepção aqui adotada, da construção do objeto historiográfico, vinculada à função de distanciamento crítico em relação ao presente que a história – aqui, a história do direito em particular – deve exercer⁴.

Essas questões metodológicas (e correlatas) são abordadas com um pouco mais de demora na revisão bibliográfica do primeiro capítulo, onde se pretende tornar mais claro os contornos do objeto da pesquisa.

4 Quem tem desenvolvido essa concepção no âmbito da história do direito é A. M. Hespanha (2005), cujas ascendências, nesse aspecto, são bastante foucaultianas. Não por acaso, o outro autor aqui invocado, Paul Veyne, escreveu um ensaio sobre a contribuição de Foucault para a historiografia (VEYNE, 1998) e as marcas foucaultianas nas suas concepções também são muito claras.

O ponto de partida é a literatura que mais de perto abordou o código penal de 1940 em si, isto é, as introduções históricas dos manuais e tratados de direito penal com os seus dois temas clássicos: a relação do texto codificado com o autoritarismo estadonovista e a influência das escolas penais. Na sequência, aportamos mais uma vez em Paul Veyne com o conceito de especificidade histórica, para escapar da opção entre reduzir o objeto da pesquisa a exemplo de um conceito universal ou monumentalizá-lo em suas particularidades. Ainda na esteira do problema da descontinuidade *versus* continuidade, a historiografia das codificações é revisitada partindo, primeiro, daqueles que tendem a dissolver os códigos em durações longas (às vezes gerais e abertamente não históricas), para depois chegar naqueles mais atentos às descontinuidades históricas. O próximo passo é recolher indícios nessa historiografia acerca dos períodos posteriores às primeiras formulações da noção moderna de código. Por fim, um aceno à importância do conceito semiológico de leitor (ou destinatário) para a pesquisa e, depois, algumas palavras sobre a delimitação do espectro documental. Todo esse percurso, porém, não deve gerar a ilusão de que o instrumental conceitual e a linguagem aqui adotados sejam de todo exatos e homogêneos. O objetivo não é rezar em cartilhas ortodoxas, mas fazer um uso “explorativo” da linguagem, isto é, não aprisionado em um sistema fechado (ISER, 1987, p. 81).

Se o “excesso de técnica” indicou a direção inicial da pesquisa, a sugestão para a determinação dos capítulos dois, três, quatro e cinco partiu de um dos textos menos técnicos de Nelson Hungria, isto é, onde a técnica é abordada externamente: trata-se da conferência de 1942 intitulada “A evolução do direito penal brasileiro”, cuja importância, inclusive na época, deixa-se entrever pela quantidade de vezes que foi republicada⁵. Para Hungria, o código penal brasileiro de

5 Na amostra, talvez parcial, do acervo da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, resulta que muitas vezes artigos de Hungria foram publicados duas ou três vezes. Entre aqueles que provavelmente foram mais publicados aparece, de acordo com essa amostra da biblioteca da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, justamente, a conferência “Evolução do direito penal brasileiro” (1942a; 1943b; 1944a; 1976, como nota). Como se trata de uma transcrição de conferência, existem pequenas variações entre as versões, bem como algumas pequenas mudanças muito provavelmente do próprio Hungria. Porém, como nenhuma dessas variações afeta o objeto desta pesquisa, não é necessário demorar-se nelas. A este propósito, um agradecimento ao colega Christiano Celmer Balz que foi quem recolheu, no catálogo

1940 seria suficientemente atualizado em relação às tendências da política criminal internacional e teria alcançado um ótimo nível na linguagem técnica. Mas um código desse tipo só funcionaria 1) se a doutrina agisse adequadamente diante do novo texto legal; 2) se o lugar do tribunal do júri fosse devidamente limitado no sistema penal e 3) se as faculdades de Direito se afastassem do ensino retórico e do debate das escolas penais. Além do eixo “legislação”, cujo centro é o código, que corresponde ao segundo capítulo, os subseqüentes (três, quatro e cinco) referem-se, respectivamente, a esses pontos sugeridos por Hungria, que poderíamos sintetizar com as seguintes palavras-chave: “doutrina” (mais especificamente, tecnicismo jurídico-penal); “tribunal do júri”; e “ensino do direito penal”. Evidentemente, não se trata de exaurir esses temas em particular, por si só demasiado extensos, mas abordá-los através da porta de entrada da codificação.

O capítulo sobre a ‘tecnicização da legislação’ inicia com uma tentativa de inserir o problema no contexto histórico do Estado Novo. A menção ao Estado Novo, porém, não pretende ser a repetição de um fato considerado importante por fazer parte da história política. Nem substituir a história política pela história econômica ou social seria uma saída adequada. Mais uma vez esposando as concepções de Paul Veyne, o contexto não é tomado como um dado *a priori*, ou seja, não existe um contexto geral capaz de dar sentido a todos os objetos de um dado período histórico. Cada objeto demanda o seu contexto específico entre as infinitas possibilidades que a sua época pode ter, somando-se, ainda, o diálogo transhistórico representado pelo contexto atual, isto é, pela experiência do próprio pesquisador, que pode se apresentar de maneira mais ou menos explícita. A referência a determinados acontecimentos da história política da época são limitados aos aspectos que pareceram efetivamente funcionais à compreensão dos problemas da pesquisa. De outra forma, o desenvolvimento do trabalho poderia ficar comprometido por dois riscos: o primeiro seria a descrição paralela entre o dito contexto e o problema, o segundo seria o risco de “forçar” relações causais ou analogias. No primeiro caso, não teríamos uma análise histórica, no segundo, teríamos uma análise histórica equivocada ou superficial.

“manual” (não digitalizado), a lista dos escritos de Nelson Hungria disponíveis na biblioteca da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O contexto privilegiado, então, é o das transformações na estrutura e dinâmica do Estado e da produção legislativa, como a polêmica contra o Parlamento e o uso de comissões técnicas na elaboração das leis durante o Estado Novo, onde será possível dialogar, também, com a historiografia sobre o período. O modo escolhido pelo regime estadonovista para elaborar as suas leis remete, também, ao problema da relação entre direito e política. Nessa esteira, a clássica questão se o código penal de 1940 era ou não autoritário é revisitada, levando em consideração o influxo do conceito de defesa social. Retornando ao problema da escrita legislativa, os suportes para o tipo de texto que deveria resultar do processo de reforma são analisados. Emerge, assim, a importância das redes de colaboração construídas pelos juristas, das revistas especializadas, dos congressos jurídicos, das associações internacionais de penalistas e da circulação em escala mundial de códigos e projetos de código. O tipo de texto em si também é analisado, especialmente no que tange à importância da Parte Geral, das definições jurídicas codificadas e da opção entre o paradigma do código-comando ou do código-tratado. Sempre na tentativa de compreender a dinâmica dessa idéia de código, é passagem obrigatória não só os seus epicentros, mas também as suas margens, constituída basicamente pela legislação especial. Simbolicamente, as duas margens mais importantes seriam os crimes políticos e as contravenções penais. Por fim, a análise das modalidades de relação entre essas duas normatividades permite ensaiar uma comparação com as condições de possibilidade da atual “inflação penal”.

No capítulo subsequente, o foco desloca-se para o tecnicismo húngaro. O objetivo, porém, não é reconstruir os fundamentos e influências da ciência do direito penal na versão de Nelson Hungria. O tema ‘tecnicismo jurídico-penal’ é um clássico da historiografia jurídica e da filosofia do direito penal e, por isso, não demandaria muitos acréscimos ulteriores. Já o tecnicismo jurídico-penal no Brasil especificamente, muito embora já explorado ainda possui prados largamente inexplorados. Juntamente com a necessidade de colmar um pouco dessas lacunas da historiografia brasileira, o tecnicismo húngaro impôs-se, também, como tema não só pela sua importância em si, mas pela centralidade da ‘leitura do código’ no modo como é elaborada a ciência do direito penal e o papel do penalista. A reflexão metodológica acerca da ciência do direito penal nos escritos de Hungria

quase se identifica com a elaboração do ‘leitor pressuposto’ do novo código penal. No modo como Hungria imaginava a atitude ideal do penalista diante do código, são enfocados, especificamente: o compromisso que a ciência do direito penal deveria ter com a eficácia judicial das normas positivas; o tecnicismo como discurso de reconstrução interna do ordenamento jurídico; e a “domesticação” da crítica na dinâmica do saber jurídico-penal. Por fim, um pequeno retorno ao jurista como “autor” do código, já que o tecnicismo afeta, também, a forma de conceber a participação dos juristas na esfera pública, e uma codificação é um momento crucial dessa participação.

O terceiro eixo da pesquisa poderia ser simplesmente, talvez, “tribunais” ou “magistratura”. Mas, ao invés desse recorte demasiado extenso, que demandaria abordar a concepção de juiz na época, a organização judicial do Estado Novo e a relação com a magistratura, a via escolhida foi mais restrita. Mais restrita, porém, quicá mais significativa para os objetivos da pesquisa: ao falar sobre a atitude ideal diante do código, no que tange aos tribunais, para Nelson Hungria, a grande dificuldade estaria no júri e nos seus advogados, muito inclinados, segundo ele, à retórica e ao desrespeito à legislação positivada. A retórica e a figura do advogado evocam, na seqüência do capítulo, o paradigma “eloqüente” do século XIX, onde o advogado versado em retórica, ao contrário, encerrava a imagem do jurista perfeito, para então chegar às mudanças empreendidas pelo Estado Novo na organização do tribunal popular. Na argumentação de Hungria contra o júri, o elemento invocado contra a retórica, substancialmente, é a lei. A convivência com os argumentos em nome da “ciência”, muito característicos do positivismo criminológico, é analisada levando em consideração as diferenças de contextos históricos que subjazem ao seu uso. O último tópico do capítulo é o outro lado da grande desconfiança em relação aos jurados: a grande confiança em relação aos magistrados, que é abordada naquilo que pode informar sobre a idéia de codificação.

O capítulo sobre o ensino do direito penal, muito embora sugerido, igualmente, pela argumentação de Nelson Hungria acerca da atitude mais adequada diante do novo código penal, toma como porta de entrada para o tema o pensamento de Roberto Lyra. Por essa razão, trata-se de um “excursus”. Nelson Hungria deixou somente poucos indícios acerca do ensino do direito penal, mas Roberto Lyra dedicou todo um livro e alguns pequenos opúsculos. As divergências

metodológicas e em alguns pontos técnicos entre Hungria e Lyra são conhecidíssimos, mas a duplicação lyriana entre o saber jurídico-penal em sentido estrito e aquele a ser ensinado torna esse quadro de oposição binária mais complexo. O foco do capítulo, então, é a lei no plano do ensino do direito penal, que remete, mais uma vez, ao problema da leitura do código.

Partindo, então, dos ‘leitores pressupostos’ do código, na abordagem da construção histórica dessa imagem, que passa pelo código em si, pela identidade dos penalistas, pelo lugar do tribunal do júri e pelo ensino do direito penal, nos aproximamos do modo como se estava tentando atuar o funcionamento do campo penal naquele momento histórico. Ao mesmo tempo, analisar o modo como Nelson Hungria amarrava “leis”, “doutrinas”, “juristas” (além de forças centrífugas como o velho “advogado do júri”) nos mostra o campo de problemas vinculado à codificação e nos permite olhar historicamente para elementos fundantes da cultura jurídica contemporânea, como o próprio tripé lei-doutrina-jurisprudência.

1 CÓDIGOS: POR UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

“DON LOLÓ: - Eh, caro mio, con me, chi vuol aver da fare – guarda – c’è questo. Lo sai che è? Ti sembra un libriccino da messa? È il Codice civile! Me l’ha regalato il mio avvocato, che ora è qua, a villeggiatura da me. E ho imparato a leggerci, sai, in questo libriccino, e a me non me la fa più nessuno, neppure il Padreterno! Contemplato tutto, qua: caso per caso.”

Luigi Pirandello

O código penal brasileiro de 1940, aparentemente, é um objeto muito familiar. A sua Parte Especial ainda está parcialmente em vigor, o que faz com que vários preceitos codificados há quase 70 anos atrás, sob o Estado Novo de Getúlio Vargas, ainda sejam objeto dos livros dogmáticos de direito penal. A sua Parte Geral só seria substituída em 1984, o que faz dela algo ainda muito familiar, especialmente para as gerações que hoje ocupam as cátedras de direito penal nas faculdades de Direito. Além disso, um código é considerado por excelência um grande fato da história das instituições jurídicas de um país. A codificação de 1940, assim, faz-se conhecer também pela literatura das introduções históricas dos manuais e tratados de direito penal.

Muito embora a história possa aparecer como discurso auxiliar na literatura dogmática, para uma pesquisa que não pretende analisar um instituto específico do código penal, um recorte desse tipo seria, antes de mais nada, quantitativamente excessivo. Por isso, iniciar a reconstrução do objeto da pesquisa a partir do diálogo com essa literatura seria inócuo. O lugar deles, aqui, naquilo que interessar para o problema delimitado, é como parte do objeto de análise.

As introduções históricas, por sua vez, mesmo com a pretensão de serem ‘históricas’, na medida em que são elaboradas, regra geral, por

juristas habituados com a atividade dogmática, trazem as marcas dessa formação. A dimensão histórica é dada pela sucessão temporal, mas o objeto de análise é construído dogmaticamente, isto é, entram em pauta diferenças técnicas entre o código anterior e o posterior. Evidentemente não todas, mas aquelas consideradas centrais para um código penal (o sistema de penas, por exemplo) e as novidades tidas como mais importantes. Evidentemente, o conhecimento da linguagem técnica pode servir como relevante instrumento para o historiador do direito, como ferramenta que permite o acesso a significados das fontes em questão que, de outra forma, seriam inacessíveis ou mal-interpretados (SBRICCOLI, 1986). Porém, reconstruir o objeto de análise histórica dogmaticamente é incorrer no sério risco de transformar a escrita da história do direito em um exercício de erudição inócuo. Outrora a dignidade da história do direito residia no seu papel central para a prática do direito, para a ciência jurídica em sentido estrito, como em F. C. von Savigny ([1814] 1982) e seu historicismo jurídico. Aqui, porém, a distinção entre o trabalho técnico do jurista e a história do direito é mantida, mas não para uma posterior subordinação da escrita da história, que, marginalmente, poderia eventualmente colaborar para o esclarecimento do significado do direito positivo vigente. A distinção teórica entre os dois campos é necessária para que a história do direito possa reaparecer como um lugar de distanciamento crítico para o jurista em relação às próprias noções que informam o seu pensamento, a sua prática cotidiana⁶.

De volta às introduções históricas, dois outros temas são recorrentes em se tratando do código penal de 1940. O primeiro é a relação do texto codificado com o regime estadonovista. Tratava-se, em linhas gerais, de um código liberal ou de um código autoritário? A questão já se colocava para os próprios atores envolvidos no processo de codificação, seja no calor da época, seja em rememorações dos acontecimentos. Uma questão que certamente era delicada para membros da comissão elaboradora do texto final do código como Roberto Lyra, que, sendo socialista e democrata, certamente não compactuava com grande parte das orientações do regime autoritário de

6 Sobre essa função da história do direito, os dois principais pontos de referência aqui considerados são HESPANHA (2005) e GROSSI (2007).

Getúlio Vargas. Porém, sobre esse problema, retornaremos no capítulo seguinte.

O segundo tema recorrente das introduções históricas é a influência das escolas penais no texto do código. Trata-se de uma recorrência de tal forma forte que mesmo historiadores de profissão encontraram-se batendo nessa mesma tecla, ainda que com tons sociologizantes⁷. Esse caminho, porém, não nos leva muito longe porque não é capaz de fazer mais do que mimetizar as fontes. Não se faz muito mais do que repetir o argumento da exposição de motivos de Francisco Campos segundo a qual o código teria amalgamado pragmaticamente preceitos classicistas e positivistas, simbolizados, principalmente, pela convivência entre as penas em sentido estrito e as medidas de segurança. Essa síntese, porém, já é uma simplificação, e a repetição historiográfica do argumento, por sua vez, é uma ulterior simplificação, enquanto os atores do processo tinham, em verdade, uma percepção muito mais aguda das “influências do código”. Sabia-se perfeitamente se determinada fórmula fora tomada de empréstimo do código suíço, italiano ou alemão, do autor X ou Y. Veja-se, por exemplo, o grau de detalhes nesse sentido de textos como o de Alcântara Machado (1939) ou de Costa e Silva (1939). Em suma, nesse nível, o discurso histórico mimetizaria (ainda que grosseiramente) o documento (PETIT, 1995), enquanto, em verdade, é preciso *atravessar* os documentos dissipando a sua obviedade.

No caso, parece interessante estranhar (antropologicamente) o simples fato de um código ser feito de fragmentos de outros códigos e textos científico-jurídicos, dando a ver o seu caráter historicamente localizado na medida em que estes discursos dependem, para circular e surtir esses efeitos num processo de codificação, uma rede de revistas jurídicas especializadas minimamente articulada e que promovesse, por exemplo, a publicação desses códigos que serviriam de suporte para a codificação penal brasileira. Além de outras condições de possibilidade como os congressos jurídicos, as associações internacionais de direito penal, etc. Em suma, um código desse tipo não é uma forma a-histórica e geral de qualquer processo de codificação, por isso a necessidade de compreendê-lo encarnado em suas condições de possibilidade históricas,

7 É o caso de RIBEIRO FILHO, 1994.

“contra as correntes de pensamento que postulam o universal e que as categorias aparentemente mais invariáveis devem ser construídas na descontinuidade das trajetórias históricas” (CHARTIER, 1990, p. 27).

O objetivo, então, é traçar os contornos de um tipo de código, e não destrinchar as particularidades do código penal brasileiro de 1940. Entre a dissolução de experiências localizadas como um código de um país promulgado em um determinado ano em conceitos demasiado gerais (cuja origem pode sempre remontar a um antes do antes pelo processo de abstração sobre abstração) e o discurso da singularidade individual (muito afeito a celebrações retóricas de monumentos como os códigos) encontramos a noção de especificidade histórica, tal qual formulada por Paul Veyne.

Segundo Veyne, a ótica da história se caracteriza por uma determinada maneira de tratar os fatos: como individualidades ou como fenômenos por detrás dos quais se procura uma constante escondida (VEYNE, 1998, p. 17). O conhecimento histórico, então, seria aquele que considera os fatos como individualidades. O evento histórico é aquele que se destaca sobre um fundo de uniformidade, constituindo uma diferença, e não simplesmente um dado objetivo cujo conhecimento verdadeiro caracterizaria o saber histórico. A compreensão dessa diferença desloca-se, no pensamento de Veyne, para o centro do saber histórico. Nas palavras de Paul Veyne, “[...] o evento é diferença e sabemos muito bem qual é o esforço característico do ofício de historiador e o que lhe dá sentido: espantar-se com o que é óbvio.” (VEYNE, 1998, p. 21)

Nesse ponto, Veyne chega à distinção entre o específico e o singular. E para explicar essa diferença, Paul Veyne toma como exemplos as figuras de Brigitte Bardot e Georges Pompidou. Segundo ele, essas duas figuras não teriam interesse para a história por serem figuras notórias ou admiradas, mas por serem “(...) representantes de sua categoria: no primeiro caso, uma estrela do cinema, no segundo, um professor que se voltou para a política (VEYNE, 1998, p. 23). Esta seria, para ele, a seriedade do saber histórico. Uma distinção que está na própria condição de enunciação de algum saber histórico sobre algum objeto, pois a especificidade implica que o objeto possa ser enquadrado numa categoria histórica, como Brigitte Bardot pode ser incluída entre as *stars* do *star system* do cinema da segunda metade do séc. XX, e é

essa característica de uma especificidade histórica que permite que algo a mais possa ser dito sobre o objeto em questão. Segundo Paul Veyne,

é histórico tudo o que for específico; tudo é inteligível, com efeito, exceto a singularidade que faz com que Dupont não seja Durand e que os indivíduos existem um por um: aí está um fato irrecusável, mas, uma vez enunciado, não se pode dizer mais nada. Por outro lado, uma vez afirmada a existência singular, tudo que se pode dizer de um indivíduo possui uma espécie de generalidade. (VEYNE, 1998, p. 57)

Analogamente, portanto, o objeto de análise não é aquilo que faz do código penal brasileiro de 1940 o código penal brasileiro de 1940.

No outro extremo, tomar um exemplo como o código penal de 1940 para construir um conceito geral, abstrairia de tal forma a historicidade do objeto a ponto de perder sentido para a historiografia, mas também reduziria ao grau zero a percepção da historicidade na filosofia do direito, tornando-a uma operação não com conceitos, mas com universais abstratos. Existem exemplos desse tipo de abordagem no âmbito das codificações. É o caso de Remy Cabrillac (2001) que retorna - com grande erudição, é verdade - às mais longínquas experiências de compilações normativas até chegar à atualidade para tentar delimitar traços essenciais da noção de código, e também o de Jacques Vanderlinden (1967), que - sempre com grande erudição - tem um objetivo muito similar, ainda que com uma delimitação no tempo e no espaço mais precisa.

O arco cronológico da pesquisa de Vanderlinden termina antes do período histórico que nos interessa, porém, detenhamo-nos nele por um instante por questões metodológicas. A delimitação clara e precisa dos limites de tempo e espaço aproxima o estudo de Vanderlinden, do ponto de vista formal, das análises especificamente históricas. Selecionando experiências do Ocidente, desde a Idade Média até o séc. XIX, mas considerando, ainda, antecedentes romanos, Vanderlinden procura induzir dos exemplos históricos um conceito geral de código capaz de englobar a grande diversidade das experiências analisadas. Os cortes - fundamentais para a historiografia - na história do pensamento e das instituições jurídicas, assim, tendem a desaparecer. O resultado é um

conceito de código tão geral e, conseqüentemente, com potencial heurístico muito limitado. O próprio Vanderlinden admite que o tipo de pesquisa por ele proposta não é histórica: “(...) o objeto do trabalho não é o estudo histórico aprofundado dos cem casos considerados tendo em vista seja definir um conceito (...), seja diversificar as idéias agrupadas sob o conceito (...)” (VANDERLINDEN, 1967, p. 21)⁸. De fato, com o amplo conceito, Vanderlinden pôde alargar a idéia de código a ponto de considerar até mesmo idéias e experiências que nem mesmo usavam a palavra para autoqualificar-se (as “*idées innommées*”). A conclusão universalista, por sua vez, é o sinal mais eloqüente de que tal procedimento não conduz a resultados historicamente relevantes: “a codificação encontra, assim, o seu lugar na história do direito da Europa ocidental entre os séculos XIII e XIX ao lado de outros fenômenos da vida jurídica da qual ela se distingue por traços que fazem a sua originalidade e são o *reflexo da vocação eterna do homem para a segurança jurídica*” (VANDERLINDEN, 1967, p. 243. Grifos meus)⁹.

A perspectiva de alguns romanistas acaba assumindo características muito similares àquelas até aqui aventadas. Com o conceito de “tradição romanística”, praticamente toda e qualquer codificação é dissolvida nessa grande e longuíssima tradição. É o risco de ir demasiado longe na busca das “origens”, dos “antecedentes dos antecedentes”, potencialmente aptos à regressão infinita. A análise dos cortes históricos, por sua vez, é obnubilada. Não por acaso muitos romanistas resistem a considerar a sua disciplina um ramo da história do direito, em nome da dignidade que a continuidade da tradição lhe garantiria inclusive no estudo do direito positivo atual¹⁰. Uma das exceções é Gian Savino Pene Vidari que reconhece não só a especificidade e novidade das codificações modernas, entre o final do séc. XVIII e início do séc. XIX, na subversão da dinâmica das fontes jurídicas do *ius commune*, mas, também, identifica no decorrer do séc.

8 No original, em francês: “(...) l’objet du travail n’est pas l’étude historique approfondie des cent cas considérés, mais plutôt leur analyse en vue soit de définir un concept (...), soit de diversifier les idées groupées sous le concept (...)”.

9 No original, em francês: “La codification trouve ainsi sa place dans l’histoire du droit de l’Europe occidentale entre le XIII et le XIX siècle à côté des autres phénomènes de la vie juridique dont elle se distingue par des traits qui font son originalité et son le reflet de la vocation éternelle de l’homme à la sécurité juridique.”

10 Cf. CATALANO, 1976, 1984; SCHIPANI, 1986.

XIX a emersão de uma nova maneira de discutir o problema da codificação. Segundo Vidari, depois de um momento em que os juristas discutem a codificação seja de um ponto de vista técnico, seja como um novo sistema para a organização das fontes do direito, “o código de fenômeno político por excelência (...) transforma-se, muito mais, em questão técnica.” (VIDARI, 1986, p. 93)¹¹ Esta segunda sugestão, evidentemente, é relevante para a perspectiva que se pretende lançar mão aqui, mas, comecemos pelo primeiro problema: o corte entre as codificações modernas e o *ius commune*, para reter as contribuições já feitas pela historiografia jurídica no sentido de adensar a historicidade da noção de código.

A historiografia das codificações é muitíssimo extensa, de modo que seria impossível uma revisão completa dessa literatura. Basta, então, que essa rápida passagem por algumas obras ajude na delimitação da perspectiva e do objeto desta pesquisa.

Tendo como referência a literatura italiana (privilegiada aqui por questões de competência lingüística e de formação pessoal), um ponto de partida obrigatório é o pequeno opúsculo de Mario Viora “Consolidazioni e Codificazioni”. A diferença entre consolidações e codificações é usada por Viora para compreender exatamente a passagem do antigo *ius commune* para os sistemas jurídicos modernos. Segundo Viora, as consolidações do Antigo Regime “continham somente, em grande parte, material legislativo preexistente. Os códigos, ao contrário, contêm material legislativo novo”, exemplificando com o caso francês, Viora completa que “as normas antigas, acolhidas no Código, foram regularmente animadas por um espírito novo” (Viora, 1967, p. 42)¹². As consolidações, para Viora, “eram nada mais do que manifestações de exigências práticas, [as codificações], ao contrário, eram manifestações essencialmente ideais, manifestações do pensamento de juristas, de filósofos, de políticos” (Viora, 1967, p. 28). Viora identifica, portanto, essa tendência filosófica, mas também

11 No original, em italiano: “il codice da fenomeno prettamente politico, come continua a restare la costituzione, si mutta per lo più in questione tecnica”.

12 No original, em italiano: “[as consolidações] contenevano soltanto, in gran parte, materiale legislativo preesistente. I codici invece contengono materiale legislativo nuovo. (...) le norme antiche, accolte nel Codice, erano state regolarmente animate da uno spirito nuovo”.

aponta que a tendência prática se reapresentaria, na seqüência, no interior da idéia de codificação (Viora, 1967, p. 33).

A perspectiva de Viora, apesar de muito sugestiva ao tentar marcar as diferenças históricas entre os textos legislativos do Antigo Regime e os modernos, já foi bastante criticada¹³. Apesar de ter sido elaborada, cronologicamente, muito perto do período tomado para a análise desta pesquisa, podendo servir, portanto, mais do que como instrumental conceitual, como sinal da concepção de código vigente nas primeiras décadas do séc. XX, a questão não se resolveria de forma assim tão simples. Se tomarmos a Consolidação Piragibe e o código penal de 1940, é bem verdade que o critério “novidade de conteúdos” é convincente, já que a consolidação não é mais do que uma reorganização do material legislativo existente, enquanto a codificação pressupunha a liberdade de inovar, muito embora as inovações devessem estar fundadas na mais moderna tradição jurídica (o paradoxo entre moderno e tradição é proposital) e nos ensinamentos da prática. Por outro lado, a inexistência do direito natural como força motriz da codificação – identificada por Viora como um elemento fundamental – bem como o tom eminentemente técnico das discussões em torno do código, tornam o quadro muito menos óbvio.

Adriano Cavanna opera com a mesma distinção entre consolidações e codificações de Mario Viora, mas conceitua de maneira muito diferente o segundo, e, portanto, os critérios de diferenciação entre um e outro. Cavanna sublinha a novidade da teoria das fontes do direito afirmada com as codificações modernas (CAVANNA, 2005, p. 53), onde o código apresenta-se, “ambiciosamente, como um sistema de normas concatenadas, não heterointegráveis, assim como um sistema de preceitos gerais, abstratos, dirigidos a um único e não socialmente qualificável destinatário” (CAVANNA, 2005, p. 45). Duas forças fundamentais na direção da codificação, antes mesmo da Revolução Francesa, teriam sido o absolutismo monárquico “iluminado” e a ideologia anti-jurisprudencial que teria agregado ao pluralismo do *ius commune* a qualificação negativa de ‘particularismo’ (CAVANNA, 2005, p. 41). Na esteira de Viora, Cavanna também considera as consolidações uma resposta a exigências eminentemente práticas,

¹³ Para uma revisão sobre o assunto, cf. PETRONIO (1984).

enquanto as codificações são um problema de dimensões que exorbitam em muito a esfera das demandas do grupo profissional dos juristas. Diferentemente de Viora, Cavanna procura afastar-se da definição do código a partir dos conteúdos, elaborando um conceito mais eclético.

A questão do destinatário abstrato referenciado por Cavanna é um dos traços mais fortes de uma das mais conhecidas interpretações acerca das codificações na historiografia italiana depois de Viora: a de Giovanni Tarello. Na síntese de Tarello, o sentido especializado que a palavra código ganhou, principalmente, na segunda metade do séc. XVIII, tinha os seguintes contornos:

um livro de regras jurídicas organizados segundo um sistema (uma ordem) e caracterizado pela unidade de matéria, vigente para toda uma extensão geográfica da área de unidade política (para todo o Estado), voltado para todos os súditos ou sujeitos à autoridade política estatal, pela vontade desta autoridade e por ela publicado, abrogante de todo o direito precedente na matéria disciplinada por ele e por isso não integrável com materiais jurídicos pré-vigentes, e destinado à longa duração (TARELLO, 1988, p. 52).

Os códigos modernos, para Tarello, “assumiriam a estrutura de sistemas de normas com sujeito único”, onde a ideologia igualitária teria uma função, antes de mais nada, de simplificação do ordenamento jurídico, enquanto deixava “persistir as desigualdades que não se referiam diretamente à organização jurídica estatal (esta sim, fora efetivamente destruída no nível das normas, ainda que nem sempre no nível das estratificações sociais)” (TARELLO, 1988, p. 58).

Sintetizando com uma fórmula eficaz as contribuições da historiografia das codificações, Paolo Grossi diferencia a dinâmica do sistema jurídico moderno, que nasce a partir da segunda metade do séc. XVIII, da ordem jurídica medieval e do Antigo Regime através de três elementos:

Ordem jurídica medieval e	Sistema jurídico moderno
---------------------------	--------------------------

do Antigo Regime	codificado
Aluvional	Fonte unitária
Pluralista	Fonte completa
Extra-estatal	Fonte exclusiva

(GROSSI, 2007b, p. 136-137)

Entre as concepções que enfatizam aspectos formais ou de conteúdo, Grossi enfatiza que as codificações modificaram a dinâmica de produção do direito (dado, de resto, já acenado mesmo por Mario Viora), investindo sobre a concepção e as formas de relação entre direito e política, mas sem descuidar de aspectos de conteúdo fundamentais no projeto de construção de uma nova civilização através dos códigos. Mais uma vez com uma fórmula eficaz, Grossi sintetiza aquela que deve ser a preocupação fundamental da história das codificações: “o vocábulo unitário [código], tendo como denominador comum a tendência a estabilizar o instável (...) através do engano que é típico de certas impassíveis persistências lexicais, mistura e associa realidades profundamente diferentes por origem e por função” (GROSSI, 2007, p. 88).

Consolidada a idéia segundo a qual o sentido moderno de código não pode ser confundido com o de experiências anteriores, desloquemos a atenção para historiadores do direito como Paolo Cappellini (2002; 2003; 2007), Carlos Petit (1995), Tomas y Valiente (1986), entre outros, que têm colocando em relevo a diversidade interna das experiências codificadoras modernas. E este é um ponto de partida fundamental para este trabalho sobre a reforma penal brasileira de 1940, na medida em que a primeira aproximação com as fontes da época revelou um tipo de discurso muito diferente em relação àqueles que emergiram propondo a solução codificatória entre o final do séc. XVIII e início do XIX. Segundo Paolo Cappellini,

(...) a história da própria idéia de código [em sentido moderno] deve viver de periodizações diversificadas, que agora determinadas idéias de código não sejam mais atuais, não obstante a continuidade terminológica, e não obstante, sobretudo, que, ao contrário, a simbologia e a mitologia codicística permaneçam ainda

importantes e influentes no imaginário dos juristas (CAPPELLINI, 2002, p. 19)¹⁴.

Paolo Grossi já acenava para as macroscópicas diferenças entre a idéia forte de codificação, do final do séc. XVIII, e o fenômeno contemporâneo dos códigos particulares (código do consumidor, código das águas, etc.), porém, o problema não se resume a esses fenômenos que poderíamos chamar de “pós-modernos”, tanto é que o próprio Grossi apontava, ainda, que algumas codificações civis da segunda metade do séc. XIX não se enquadravam plenamente no modelo clássico pelas suas aberturas à “fatalidade” do direito, o que redundava em significativas diferenças do ponto de vista da dinâmica das fontes jurídicas (GROSSI, 2007).

No campo penal, um caso importante de reelaboração, no séc. XIX, da idéia de código em oposição ao “modelo francês” é o de Francesco Carrara, analisado por Paolo Cappellini (2007). Carrara opunha ao modelo francês, segundo ele demasiado voluntarista, um conceito de “código da ciência”, fundado na longa tradição jurídico-penal, que, na Itália, remontaria aos grandes penalistas do *ius commune*. Esse aceno a um “código da ciência” é muito importante para o objeto dessa pesquisa, muito embora, adiantando um aspecto que será retomado nos próximos capítulos, o código como objeto técnico, como código da ciência - tal qual pensado por Nelson Hungria e tal qual elaborado sob o regime autoritário do Estado Novo – praticamente já não aparece mais funcionalizado aos objetivos liberais e anti-voluntaristas outrora desejados por Carrara.

Carlos Petit, analisando a cultura jurídica da Espanha liberal do século XIX, chegou a uma conclusão bastante forte, considerando que se trata exatamente do “século dos códigos”. Segundo Petit, as tentativas de codificação na Espanha foram quase todas precárias, e, além disso, esses códigos estavam flanqueados por uma fortíssima cultura jurídica calcada na oratória tribunicia e na prática jurisprudencial. O resultado é

14 No original, em italiano: “(...) la storia dell’idea medesima di codice deve vivere di periodizzazioni diversificate, che ormai determinate idee di codice non siano più attuali, nonostante la continuità del termine, e nonostante, soprattutto, che, al contrario, la simbologia e la mitologia codicistiche rimangano tuttora importanti e influenti per l’immaginario dei giuristi”.

que os textos desses códigos eram artefatos verdadeiramente raros nas bibliotecas dos juristas da época. A conclusão de Petit é que os códigos eram inexpressivos, “inexistentes”, na cultura jurídica da Espanha liberal do séc. XIX (PETIT, 1995). A abordagem de Petit também será importante ao longo da pesquisa na medida em que encontramos, no discurso de Nelson Hungria, o mesmo problema da difícil relação entre codificação e cultura jurídica oral.

Analizando a obra de Jeremy Bentham, o principal teorizador da idéia de código entre o final do séc. XVIII e início do séc. XX, Pietro Costa (1976) conclui que a concepção benthaminiana não se referia simplesmente a um conjunto ordenado de institutos e regras jurídicas, mas era todo um projeto de sociedade, de relações sociais burguesas, promovidas e fundadas através de formas jurídicas. Uma forma muito peculiar, portanto, de conceber a relação entre direito e sociedade. Por isso, Costa inverte a fórmula “projeto de código”: “código-projeto”, ou seja, um planejamento global das relações sociais através de normas jurídicas, é que seria a expressão mais adequada para qualificar a concepção benthaminiana de *pannomion*, o código completo de legislação. Se, aqui, encontramos a idéia de um uso projetual do direito, ao longo do século XIX, segundo Costa, esse projeto sócio-jurídico teria se sedimentado em institutos técnico-jurídicos. A perspectiva de Costa é muito sugestiva para as análises dos próximos capítulos já que, no caso, poderíamos considerar o código penal de 1940 um exemplar de certo tipo de codificação que leva ao limite esse processo de sedimentação técnico-jurídica.

Francisco Tomás y Valiente (1986), em um pequeno texto chamado “La codificación, de utopia a tecnica vulgarizada”, também aborda as transformações sofridas pelos códigos modernos. Para Tomás y Valiente, haveria um primeiro conceito de código vinculado às idéias iluministas que se caracterizaria por ser abordado como uma utopia, isto é, como “instrumento de unificação política e jurídica, portador de felicidade, síntese ordenada do Direito justo, universal e imutável: o Código, junto com outros poucos irmãos, componente de um sistema simples e completo” (TOMAS Y VALIENTE, 1986, p. 118)¹⁵. No

15 No original, em espanhol: “instrumento de unificación política e jurídica, portador de felicidad, síntesis ordenada de Derecho justo, universal e inmutable; el Código, junto con otros pocos hermanos, componente de un sistema simple y completo”.

século XX, ao contrário, “o mito de poucas leis, mas claras, ordenadas e inteligíveis por todos, aparece substituído pelo temor de um monstro cotidiano que ‘despeja’ leis sobre o pobre cidadão e sobre o jurista”, de forma que “da crença na capacidade da razão de criar ‘uma ciência universal da ordem’ e de extrair dela normas sensatas e principais de conduta, só resta, hoje, a recordação erudita ou a nostalgia obscura” (TOMÁS Y VALIENTE, 1986, p. 120)¹⁶. Tomas y Valiente tem em mente, evidentemente, o fenômeno da inflação legislativa contemporânea. Na época da reforma penal de 1940, porém, as “mitologias codicísticas” ainda faziam-se presentes. Os efeitos dessa presença, para nos enquadrarmos no esquema de Tomas y Valiente, fariam do código penal de 1940 uma tipologia localizada entre as duas pontas da “utopia” e da “técnica vulgarizada”. Sobre esse particular, porém, retornaremos no capítulo seguinte.

Um último ponto a ser considerado na historiografia das codificações é a questão dos destinatários, que aparece nas obras de Tarello, Cavanna, Grossi, Cappellini, entre outros. Na perspectiva de Paolo Cappellini (2002, 2003), o uso do conceito de destinatários serve para escapar das infundáveis discussões que procuram listar as características que fazem de um código um verdadeiro código. Mais especificamente, Cappellini lança mão de um conceito semiológico de destinatário - fazendo referência, principalmente, à teoria de J. M. Lotman (1993) - o que significa partir do código como um texto, como um problema de comunicação. O historiador Roger Chartier, em uma breve passagem, alerta que os sentidos dos textos dependem da maneira como se “[...] têm em conta as capacidades supostas dos seus destinatários imaginados” (CHARTIER, 1990, p. 224). Nas suas pesquisas concretas, porém, Chartier debruçou-se muito mais sobre aquilo que alguns semiólogos e críticos literários costumam chamar de “leitor real” que, conforme explica Wolfgang Iser, “é invocado, sobretudo, nos estudos de história da recepção, vale dizer, quando a atenção é centrada no modo como uma obra literária foi acolhida por um

16 No original, em espanhol: “el mito de pocas leyes, pero claras, ordenadas e inteligibles por todos, aparece substituído por el temor a un monstro cotidiano que ‘arroja’ leyes sobre el pobre ciudadano y sobre el jurista” de forma que “de la creencia en la razón como capaz de crear ‘una ciencia universal del orden’ y de extraer de ella unas normas sencillas y principales de conducta, sólo queda hoy el recuerdo erudito o la oscura nostalgia”.

específico público de leitores” (ISER, 1987, p. 65)¹⁷. Mas, o conceito de “destinatário imaginário”, na terminologia de Chartier, ou “leitor pressuposto”, também é, ainda conforme Iser, um instrumento de reconstrução histórica (ISER, 1987, p. 73). Esse conceito, porém, está inserido em uma intrincada discussão semiológica e de crítica literária, que, em larga medida, não importa para a historiografia, de modo que o seu uso, aqui, muito embora importante, se encontrara muitas vezes implícito e será bastante instrumental.

A “tecnicização da legislação”¹⁸, por fim, é o acontecimento a partir do qual a reconstrução histórica aqui proposta será tecida. O período da análise é bastante flexível, mas não é indeterminado, já que o ponto de referência é a reforma penal brasileira de 1940. Dessa forma, o espectro documental indispensável para o trabalho também se torna identificável, já que, com os indícios recolhidos na historiografia das codificações é possível determinar uma perspectiva e um objeto de análise, juntamente com informações “fáticas” preciosas, mas, a pesquisa histórica começa na operação com as fontes. O modo como foi elaborado o objeto da pesquisa, principalmente com a inclusão da questão dos destinatários, exige que, no espectro documental, o texto do código esteja acompanhado de uma série de outras fontes. O final do título do trabalho “em Nelson Hungria”, portanto, por um lado, responde a essa exigência de expansão da série documental, e, de outro, estabelece um limite de extensão para a pesquisa, muito embora a compreensão dos textos de Hungria, por sua vez, também exija a inclusão de outros documentos em varias circunstâncias (o con-texto). Puxar o fio das idéias de Hungria acerca da codificação penal de 1940 abre uma janela privilegiada para que entremos na análise das questões envolvidas na direção que esta pesquisa se propõe a seguir. Se o conceito de “destinatários imaginados” (ou “leitores pressupostos”) é um fio condutor relevante da impostação aqui proposta, considerando que Hungria foi um dos principais “autores” do código penal de 1940, as

17 Na versão consultada, em italiano: “è invocato soprattutto negli studi di storia della recezione, vale a dire quando l’attenzione è centrata sul modo in cui un’opera letteraria è stata accolta da uno specifico pubblico di lettori”.

18 Um agradecimento, a propósito, ao colega Leonardo D’Avila que foi quem me fez conhecer a sugestiva expressão.

suas palavras acerca do modo adequado de ler e utilizar o código são de grande interesse.

2 “TECNICIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO”: O CÓDIGO COMO OBJETO TÉCNICO

“Felice quella nazione dove le
leggi non fossero una scienza”

Cesare Beccaria

Em 1893, três anos depois da promulgação do primeiro código penal republicano, já apareciam sugestões e projetos de um novo código, pois, segundo alguns, aquele teria “nascido velho” em relação às novas orientações da ciência do direito penal. Ao longo das primeiras décadas do séc. XX, durante a 1ª República, os projetos se multiplicavam, mas somente em 1938, Alcântara Machado, a pedido do ministro da Justiça de Vargas, Francisco Campos, faria um projeto que seria realmente apreciado por uma comissão revisora e que redundaria, por fim, no código penal outorgado em dezembro de 1940¹⁹.

¹⁹ Alcântara Machado era professor da faculdade de Direito de São Paulo, tendo exercido cargos importantes naquela instituição: vice-diretor entre 1927 e 1930, e diretor entre 1931 e 1935, além do seu posto como catedrático de Medicina Legal (GALERIA de diretores, 2007). É interessante notar que Alcântara Machado foi diretor da faculdade justamente no período da revolta constitucionalista que colocou São Paulo contra o governo provisório de Vargas, onde o Largo São Francisco tornou-se uma verdadeira praça de guerra, com a participação de alunos e professores (CAPELATO, 1981, p. 26). A nomeação de Alcântara Machado como diretor da faculdade, porém, se dera justamente pelas mãos do então ministro da Educação Francisco Campos para que Machado colaborasse nas reformas no ensino que estavam sendo levadas a cabo pelo governo central. De qualquer forma, isso não impediria que Machado aderisse ao movimento constitucionalista de 1932. Político bastante ativo, aliás, Alcântara Machado ocupou vários cargos eletivos, tendo sido, inclusive, líder da bancada paulista quando da constituinte de 1934, e diz-se, inclusive, que em sua residência foi tratado o fim da revolta constitucionalista. De qualquer forma, a reaproximação entre o governo central e São Paulo, depois do fim das hostilidades bélicas, não tardaria a se concretizar. Segundo Maria Helena Capelato, já em 1933 esses sinais são visíveis, quando muitos dos exilados retornavam pregando moderação e a própria instituição da tão desejada Constituinte colaboraria para arrefecer os ânimos entre os paulistas e o governo central. Ademais, a partir de 1935, a volta ao apelo sistemático ao “perigo comunista” constituiria outro cimento eficaz na constituição de uma unidade entre esses grupos hegemônicos (CAPELATO, 1981, p. 84). Esses ventos da reaproximação entre o governo central e os grupos hegemônicos de São Paulo levaram Vicente Rão ao ministério da Justiça. Rão era professor de direito do Largo São Francisco e chegou a ser preso em 1931, depois de um manifesto do Partido Democrático (ao qual era ligado à época) contra o interventor nomeado por Vargas (CAPELATO, 1981, p. 15). Mas, em outubro de 1932 Vicente Rão, ocupando a pasta da Justiça, convidaria Alcântara Machado para elaborar um projeto de Código Penal. Porém, como o projeto Sá Pereira ainda tramitava no

Para compreender o fato de o anteprojeto ter sido finalmente apreciado e modificado por uma comissão revisora até redundar no código penal de 1940 justamente durante o Estado Novo, é preciso remeter ao processo de consolidação do poder de Vargas e a algumas das transformações institucionais empreendidas pelo novo regime político.

2.1 O Estado Novo

O período que vai de 1930 a 1937, entre o golpe que levou Getúlio Vargas ao comando do governo provisório que se auto-intitulava revolucionário e contrário às oligarquias que dominaram o cenário político brasileiro na Primeira República, até o novo golpe que instituiu o chamado Estado Novo, é marcado por uma grande instabilidade político-institucional decorrente dos rearranjos nos equilíbrios de poder que se operariam depois do golpe de 1930, sendo um dos principais marcos dessas tensões o movimento constitucionalista paulista de 1932. Um período de grande efervescência política que, segundo Dulce Pandolfi, “(...) tinha a ver com a diversidade das forças que se haviam aglutinado em torno da Aliança Liberal, a coligação partidária oposicionista que em 1929 lançou a candidatura de Getúlio Vargas à Presidência da República” (PANDOLFI, 2003, p. 16).

Parlamento, não houve resposta imediata ao convite, que seria renovado mais tarde, pelo ministro da Justiça sucessor de Vicente Ráo, e depois do golpe que instituiu o Estado Novo, o projeto Sá Pereira foi finalmente abandonado e Francisco Campos, novo ministro da Justiça, renovaria o convite à Alcântara Machado, que resultou, enfim, no anteprojeto de 1938. Tratava-se de um convite que sinalizava justamente a reaproximação do novo regime com os grupos hegemônicos paulistas, dada a importância e o peso desses grupos nos equilíbrios políticos de então que Vargas tinha que costurar. Para tanto, nada melhor do que convidar Alcântara Machado, que era não só um dos maiores representantes dos grupos hegemônicos paulistas, partidário de Washington Luís, mas também um dos tribunos do movimento constitucionalista de 1932. Na sequência, o projeto seria submetido a uma comissão revisora, para a qual Alcântara Machado não seria convidado a participar. Comissão, aliás, que não contava com nenhum representante da faculdade de Direito de São Paulo, de forma que o não rompimento definitivo, apesar disso, era importante: por isso o projeto final foi remetido ao autor do anteprojeto, mas que não o recebeu com muito entusiasmo. Os ressentimentos quanto aos trabalhos da comissão são claros em vários textos de Machado¹⁹, mas não foram encontrados sinais claros de que ele tenha se voltado contra o regime varguista em função disso, até porque, já longe do auge das suas forças físicas, morreria em 1º de abril de 1941.

Somente depois de superado esse primeiro momento é que aparecerão com maior envergadura as transformações políticas e institucionais do novo regime, que são as que interessam para este estudo, onde praticamente todo o sistema político e administrativo será objeto de alguma espécie de reforma (SKIDMORE, 2007, p. 27).

Para não recuar demasiado, basta retomar o processo que culminou no golpe de 1937 que instituiu o Estado Novo. Concordam Maria Celina D'Araújo (2000, p. 15) e Edgard Carone (1977, p. 253) que o golpe não foi um salto improvisado, mas um gesto preparado cujas condições remontam a 1935 com a aprovação da Lei de Segurança Nacional sob o signo do medo ao comunismo. Dessa forma, o golpe seria o ápice de um processo de fechamento e repressão²⁰ que foi levado a cabo durante a segunda metade da década de 30, que passou pela Lei de Segurança Nacional de 1935, pelo estado de guerra decretado em função da mal fadada “Intentona Comunista”, pela reiteração dos estados de emergência e aumento do poder do executivo com o beneplácito do Parlamento, até chegar à farsa do Plano Cohen, que seria o estopim do golpe. Dessa forma, entre 1935 e 1937, o Legislativo acabou aceitando o progressivo reforço dos poderes do Executivo, que, paulatinamente, legitimava-se como o único capaz de manter a ordem. Nesse sentido, afirma a historiadora Lourdes Sola que

por sucessivas concessões do Legislativo, a pedidos e pressões do Executivo, o Brasil viveu em estado de emergência logo equiparado a estado de guerra, de novembro de 1935 a junho de 1937. O consentimento a tais medidas implicava na convicção mais ou menos generalizada [...] de que o fortalecimento do Executivo era a condição de estabilidade e de ordem [...] (SOLA, 1990, p. 261).

Ou seja, mesmo com a Constituição de 1934, a situação institucional ainda era delicada, de modo que as garantias individuais constitucionais restaram em suspenso durante a maior parte do período.

²⁰ Sobre esse processo de enrijecimento da repressão política cf. DAL RI JÚNIOR, 2006, p. 263-280.

Somente em 1937 o Parlamento negaria pela primeira vez a renovação do estado de emergência. Mas as eleições previstas para aquele ano não ocorreriam em regime de plena normalidade. Os choques entre integralistas e comunistas, às vezes violentos, ajudavam a macular a imagem das instituições democráticas, já bastante surradas pelas experiências nazista e fascista na Europa. Da mesma forma, o governo central parecia não depositar muita confiança nas candidaturas que se apresentavam ao pleito. É onde entram em cena as articulações para o golpe e o Plano Cohen. Forjado pelo serviço secreto da Ação Integralista Brasileira, o “Plano Cohen” simulava um projeto de golpe judaico-comunista supostamente articulado pelo PCB. Apropriado pelos militares, Góis Monteiro levou-o até Vargas que autorizou a sua divulgação através do Departamento de Imprensa e Propaganda. Mesmo tendo sua veracidade questionada imediatamente, foi motivo suficiente para que as forças armadas requeressem e o Presidente da República decretasse Estado de Guerra. O golpe deveria acontecer dia 15 de novembro, mas diante da possibilidade de uma contra-ofensiva legalista, dia 10 de novembro as tropas do Exército já cercavam o Congresso e a nova Constituição, preparada desde há algum tempo pelo jurista Francisco Campos, foi outorgada por Getúlio Vargas.

Na noite do mesmo dia, Vargas pronunciaria o seu famoso discurso “à Nação” na Hora do Brasil da Rádio Guanabara, onde ele se colocava como a única figura capaz de garantir a coesão na cena política nacional. Nesse discurso, Vargas fora veemente ao acusar os partidos políticos de não expressar as vontades da Nação, ao manterem-se à sombra de ambições pessoais e predomínios localistas. Estas acusações eram explícitas contra os partidos que disputavam o pleito presidencial, a fim de legitimar o golpe. Segundo Maria Celina D’Araújo, “(...) o golpe tinha respaldo social principalmente porque era veiculado como uma medida saneadora da política, visando o bom desempenho da administração pública (...)” (D’ARAUJO, 2000, p. 25), e agora, consolidado no poder, abria-se o espaço necessário para que Vargas implantasse as suas transformações na administração pública. Para possibilitar e levar a cabo as mudanças econômicas, sociais e políticas almejadas, o novo regime atuou muito na esfera legislativa, mas sem um poder legislativo na medida em que o parlamento fora fechado quando do golpe de 1937. Aqui temos, a propósito, uma diferença importante em relação à codificação italiana de 1930 que, embora forjada sob o

regime fascista, foi feita quando ainda existia o Parlamento. Um dado que pode ajudar a compreender por que Francisco Campos é muito mais feroz ao criticar a inépcia do Parlamento em elaborar leis, em comparação com o ministro da Justiça italiano Alfredo Rocco, que, essencialmente, compartilha da mesma idéia, mas, no tom do seu discurso, é mais prudente do que o ministro brasileiro²¹.

As forças políticas que sustentaram a Revolução de 1930 eram bastantes díspares, segundo Dulce Pandolfi, “(...) enquanto uns defendiam medidas mais centralizadoras e autoritárias, investindo na necessidade de um regime forte e apartidário, outros pregavam medidas mais liberais e lutavam por maior autonomia regional (...)” (PANDOLFI, 1999, p. 9). Pode-se dizer que o Estado Novo significou a vitória das correntes mais autoritárias, que marcariam os primeiros anos do Estado Novo, especialmente até 1942 quando predominaria a inflexão trabalhista. Um primeiro momento, então, de 1937 à 1942 que traria as reformas mais significativas do regime, e um segundo momento, entre 1942 e 1945 que teria explicitado os seus problemas e que, conseqüentemente, teria exigido um novo investimento sistemático em legitimação na classe trabalhadora através do discurso trabalhista (CAPELATO, 2003, p. 113).

Instituiu-se, assim, um modelo que, em primeiro lugar, desqualificava as instituições democráticas, como o parlamento e os partidos políticos, vistos como órgãos inadequados para operar as transformações que a Nação demandaria, sendo eles causa de perturbações sociais e elementos que impediriam o contato direto do governo com o povo. É sob esses argumentos que o decreto-lei nº 37 de 2 de dezembro, pouco depois do golpe de 1937, ocorrido em novembro, dissolve os partidos políticos. Segundo o preâmbulo deste decreto,

a multiplicidade de arregimentações partidárias, com objetivos meramente eleitorais, ao invés de atuar como fator de esclarecimento e disciplina da opinião, serviu para criar uma atmosfera de excitação e desassossego permanentes nocivos à

²¹ Basta comparar as críticas de Francisco Campos nos fragmentos que serão trazidos ao longo do texto com as intervenções de Alfredo Rocco no Parlamento italiano (2008 [27/05/1925], p. 178 e 2008 [17/12/1925], p. 260). Idéias bastante similares, mas tons diferentes.

tranquilidade pública e sem correspondência nos reais sentimentos do povo brasileiro (DECRETO-LEI nº 37, de 2 de dezembro de 1937 *apud* CHACO, 1985, p. 341).

E o novo regime, ao contrário, em nome da Nação, deveria estar “(...) em contato direto com o povo, sobreposto às lutas partidárias de qualquer ordem” (DECRETO-LEI nº 37, de 2 de dezembro de 1937 *apud* CHACO, 1985, p. 341). Com essa atitude, o governo procurava se desvencilhar de quaisquer compromissos ideológicos ou partidários que pudessem frear as suas atividades (SOLA, 1990, p. 266-7). O ministro Francisco Campos, sobre a dissolução dos partidos políticos, com grandiloquência retórica afirmava que “os partidos políticos e as organizações parapartidárias não tinham outro fim senão o de satisfazer os apetites das facções regionalistas, indo até ao sacrifício da segurança nacional e dos mais altos interesses do Brasil”, e o decreto-lei n. 37 teria “extirpado o mal” “quando nem todos ainda lhe divisavam nitidamente os contornos e antes que os profissionais do maquinismo eleitoral conseguissem articular-se para recompô-lo”, de modo que Getúlio Vargas teria praticado “um ato de patriotismo, que nunca poderemos agradecer bastante.” (CAMPOS, [1939] 2001, p. 117-8). Inclusive em livros didáticos distribuídos pelo regime, se propagandeava a idéia segundo a qual Vargas teria antevisto que política, partidos e parlamentos eram elementos espúrios à sociedade (D’ARAUJO, 2000, p. 36). Em suma, “um Estado-Nação forte era o caminho vislumbrado como a saída para o século XX. Isto pode ser resumidamente traduzido como autoritarismo político e ideologia nacionalista extremada” (D’ARAUJO, 2000, p. 12).

Desvencilhada da mediação dos partidos políticos e do parlamento, a reorganização do aparelho estatal que se operou no Estado Novo se deu, segundo o historiador Luciano Martins, em três planos simultâneos que resultariam na preeminência do Executivo federal no processo decisório e no controle dos conflitos políticos. São eles:

1. [...] criação de comissões *ad hoc* (integradas por ‘técnicos’ civis e por militares), para o equacionamento de problemas econômicos relacionados ao aproveitamento dos recursos minerais e sua industrialização;

2. [...] reequipamento das forças armadas;
3. [...] enquadramento, através da criação do Ministério do Trabalho e através da legislação sindical, dos canais de representação de interesses nas zonas urbanas já expostas aos primeiros impactos do processo de industrialização (MARTINS, 2007)

O plano de reorganização do aparelho do Estado que interessa a este trabalho, então, é o primeiro, relacionado à proliferação das comissões técnicas. Embora boa parte da historiografia tenha, de fato, estudado essas comissões quando relacionadas a problemas econômicos, o Estado Novo utilizava-se largamente desse modelo não só para esses fins: quase toda a legislação do período foi feita através de comissões de especialistas desse tipo, vinculadas a órgãos do Executivo como o Ministério da Justiça. O vasto trabalho operado pelo regime em termos legislativos se deu a partir do amplo espaço de liberdade outorgado ao Executivo pela Constituição de 1937 para legislar através de decretos-lei com força de lei ordinária. Não à toa datam do Estado Novo o Código Penal, o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil, entre outros. Um trabalho, porém, cuja complexidade demandava a colaboração de juristas através de comissões instituídas, principalmente, no âmbito do Ministério da Justiça, e, algumas vezes, junto ao Ministério do Trabalho, quando se tratasse de legislação sindical ou trabalhista.

Segundo ela [Sônia Draibe], há, a partir de 1930, três grupos com pretensões de impor à sociedade brasileira um ordenamento segundo seus interesses: a burguesia mercantil, a burguesia industrial e o proletariado. Como, porém, nenhum destes grupos possui, de fato, força para tornar-se hegemônico, o Estado adquire certa autonomia, o que explicaria o surgimento dos vários órgãos, a que também se refere Eli Diniz, e a própria atividade legisladora do Estado (códigos). (GERTZ, 1991, p. 118-9)

Quanto à primeira assertiva, relacionada à existência ou não de grupos articulados encampando a hegemonia através do Estado Novo, as

controvérsias historiográficas são grandes, como sublinhou René Gertz, mas para os fins deste trabalho, basta sublinhar o trecho menos polêmico, que se refere à reestruturação das instâncias de tomada de decisões que, sob o signo da apologia à técnica, dão condições à intensa atividade legisladora estadonovista que, de outro modo, não teria galgado patamares quantitativos tão elevados na construção de “monumentos” legislativos tão complexos como os códigos, dada a relativa lentidão do processo legislativo comum com todas as discussões de praxe nas instâncias de representação política como a Câmara e o Senado.

Os códigos, porém, dada a sua complexidade, sempre foram um caso particular na história da produção legislativa moderna baseada em Assembleias representativas. Desde a idéia de concurso premiando obras individuais de Jeremy Bentham, o sistema de aprovação em bloco, o uso de comissões legislativas, passando pelas tentativas frustradas da Espanha isabelina do sec. XIX (PETIT, 1995), a relação do código com as formas democráticas liberais nunca foram fáceis. Francesco Carrara, por sua vez, procurou dar um sentido democrático-liberal ao papel dos juristas na elaboração das leis. Em um discurso sobre o projeto de código penal italiano de 1874, dizia Carrara que

Lealmente e generosamente, desejando o bem, ele [o então ministro Vigliani] espalhou difusamente o seu projeto invocando as luzes e o socorro dos melhores juristas da península; ele, de certa forma, provocou um plebiscito dos criminalistas italianos (...) Para dar à Itália um código duradouro é preciso que cada mínima parte dele corresponda aos enunciados da ciência, já que a ciência não recua por vontade de Príncipes (CARRARA, 1878, p. 7-12)²².

²² No original, em italiano: “Lealmente e generosamente desideroso del bene esso [o ministro Vigliani] ha diramato diffusamente il suo progetto invocando i lumi e il soccorso dei migliori giuristi della penisola; esso ha in certa guisa provocato un plebiscito dei criminalisti italiani (...) Per dare alla Italia un codice duraturo bisogna che in ogni sua più piccola parte risponda ai pronunciati della scienza, poichè la scienza non retrocede per volontà di Principi”.

O “plebiscito dos criminalistas”, para Carrara, deveria servir para anular a dimensão voluntarista do código, inerente ao conceito moderno de lei como expressão da vontade soberana. Já no séc. XX, com a reforma penal brasileira de 1940 no contexto das inflexões autoritárias tanto das experiências políticas como da própria ciência do direito penal, o “plebiscito dos criminalistas” que, em parte, ocorre nas comissões técnicas e na conseqüente reverberação nas revistas especializadas, articula-se com projetos de centralização autoritária. Não é por acaso que Alcântara Machado acusou a comissão revisora de não ter dado publicidade suficiente ao projeto final²³, muito embora devam ser considerados, nessa sua acusação, os seus ressentimentos pessoais. Avaliar em que medida o projeto da comissão revisora era significativamente diferente do projeto Machado para concluir se o novo texto fora suficientemente e democraticamente discutido, isto é, se o projeto de centralização autoritária foi mais ou menos realizado, seria um escopo que escaparia aos objetivos restritos dessa pesquisa. Basta acrescentar que esse ponto foi percebido também por um membro da comissão revisora, Roberto Lyra, que, mesmo defendendo que os conteúdos do código não eram autoritários, lamentava a falta do procedimento liberal e representativo na sua aprovação (LYRA, 1956, p. 92).

A modernização administrativa estadonovista foi vista de perspectivas não raro assaz opostas na historiografia. Existem aqueles para quem “[...] o processo de burocratização e a política de planejamento governamental são perfeitamente racionais em relação aos interesses e às necessidades da burguesia industrial”, e, de outro lado, existem aqueles que operam com o conceito de “cartorialização” segundo o qual “[...] a ampliação do aparelho de Estado não obedecia a outro objetivo do que ao de dar emprego, sobretudo a setores médios da sociedade, garantindo seu ‘quietismo’[...]” (GERTZ, 1991, p. 119). Os estudos que se sucederam, segundo Gertz, apontaram para uma via

²³ Uma das respostas a essa crítica de Machado veio de Roberto Lyra que justificava a inexistência dos trabalhos preparatórios – sinal por excelência da falta de publicidade denunciada. Tomemos um parágrafo da inteira página que Lyra dedica a esse particular em 1956: “A marcha da elaboração não foi registrada. Nem podia ser dadas as circunstâncias do trabalho de equipe (...). Não houve ‘peço a palavra’ para teimosia e exhibições no auto-giro da vaidade” (LYRA, 1956, p. 90-1).

intermediária: de um lado, uma efetiva ampliação dos quadros estritamente técnicos da máquina estatal, mas que não foram suficientes para eliminar “os extranumerários, a linha de frente da ‘cartorialização’[...]” (GERTZ, 1991, p. 119). É nesta linha intermédia que se situa a síntese da historiadora Maria Celina D’Araújo ao afirmar a existência de uma reforma administrativa tecnicizante, mas que não significou necessariamente a eliminação do clientelismo tão criticado pelo próprio regime como característica da 1ª República. A tecnicização da legislação, portanto, se enquadra nessa perspectiva de modernizar as instituições estatais em padrões técnicos, que, obviamente, se realizam de maneira mais ou menos precária dependendo das circunstâncias. Mas basta, aqui, evidenciar o investimento nesse tipo de atuação.

Vale adiantar, também, que, embora em relação aos quadros administrativos o recrutamento de funcionários e funcionamento dos órgãos administrativos do Estado tenha se colocado essa oposição entre “racionalização (técnica)” e “cartorialização”, no campo penal essa oposição não se coloca, aparecendo muito mais, ao contrário, como uma articulação possível, dadas as condições em que esses traços se consubstanciam no direito penal. A tecnicização da legislação que marcou a codificação penal de 1940 na medida em que significa, entre outras coisas, a delimitação do código como questão de especialistas, refratário, assim, aos procedimentos de assembleias políticas, já subtrai, por um lado, o processo legislativo de um controle minimamente democrático do ponto de vista do procedimento, mas, também, a tecnicização da legislação é acompanhada pela tecnicização do trabalho do jurista (através do chamado tecnicismo jurídico) que significa atrelar a maior parte do trabalho do jurista à tarefa decisional nos tribunais, isto é, à colaboração com os magistrados na aplicação efetiva das normas estatais. Assim, o empenho político de um penalista quando da elaboração das leis, por exemplo, é colocado em segundo plano, em favor de um trabalho estritamente técnico inclusive quando de um processo (na modernidade) por excelência político, como a elaboração das leis. Para não adiantar a ordem da exposição, por ora gostaria de sugerir que tecnicização e politização das leis, politização entendida como um amplo espaço aberto à submissão da legislação aos interesses de governo, aparecem como dimensões articuladas, de reforço mútuo, quando da codificação penal de 1940, muito diferente da perspectiva de

Carrara onde essas dimensões jogavam em tensão na busca de um equilíbrio ideal.

De volta aos conselhos técnicos, é importante sublinhar, na direção apontada por Maria do Carmo Campello de Souza (SOUZA, 1983, p. 100), que eles se destacam na arquitetura institucional do novo regime, já em voga depois da década de 30, mas que se multiplicam mais livremente, inclusive para a produção legislativa no sentido mais estrito, depois do golpe que instituiu o Estado Novo. A tese central da historiadora Eli Diniz (1999) é que esses conselhos técnicos seriam uma nova forma de integrar os atores políticos na nova ordem institucional, dimensão também observada por Boris Fausto segundo o qual “[...] a partir do Estado Novo, desapareceu a representação via Congresso, reforçando-se a que se fazia nos órgãos técnicos, no interior do aparelho do Estado” (FAUSTO, 1998, p. 366). Os velhos atores, então, tentando marcar presença nessas comissões, agiriam no sentido de garantir o seu espaço ameaçado, enquanto os novos, no sentido de garimpar o seu. Nessa direção, alguns órgãos têm mais importância que outros para analisar essas dinâmicas. Especialmente depois da revolução constitucionalista de 1932, quando Vargas percebe mais agudamente que seria impossível sustentar o regime sem o aval de determinadas elites econômicas, são os conselhos de cunho mais econômico que tem mais espaço na análise de Diniz. Evidentemente, nessa perspectiva, a comissão revisora do Código Penal de 1940 não possui um significado muito eloquente. Porém, vale a pena também se debruçar sobre essas comissões legislativas ao considerarmos que a simples proliferação de comissões técnicas vinculadas direta ou indiretamente ao Executivo, e não ao Legislativo, já é um dado histórico suficientemente relevante. Por isso é importante sublinhar a relação entre o processo legislativo adotado para a elaboração do código penal de 1940 e a proliferação dos conselhos técnicos durante o Estado Novo, já que este é um dos contextos mais imediatos do processo de reforma penal levada a cabo pelo governo Vargas através do Ministério da Justiça.

A existência de conselhos técnicos no processo de elaboração de leis não é uma novidade. Quando ligados ao poder legislativo, eles possuem uma função essencialmente *consultiva*, não constituindo uma mácula à idéia segundo a qual as leis são fruto dos embates da arena política. Porém, no segundo caso, quando vinculados ao Executivo, eles realmente *substituem* o processo político parlamentar com o objetivo de

reforçar a centralização autoritária. No Estado Novo, justamente, com o Parlamento fechado, esses conselhos elaboravam as leis, e o Executivo os oficializava transformando-os em decretos-lei. Na concepção de Francisco Campos, esse era o procedimento mais adequado porque a lei seria um artefato técnico, e justo por isso, o Parlamento seria inapto, pela sua constituição e funcionamento, a dar conta de elaborar adequadamente uma legislação que não fosse “deformada, mutilada e imprestável” (CAMPOS, [1937] 2001, p. 54-56). Nesse sentido, o ministro era categórico ao afirmar que “[...] a legislação hoje é uma imensa técnica de controle da vida nacional, em todas as suas manifestações. A legislação perdeu seu caráter exclusivamente político, quando se cingia apenas às questões gerais ou de princípios, para assumir um caráter eminentemente técnico [...]” (CAMPOS, [1937] 2001, p. 54). Maria Celina D’Araújo já sublinhou que esse enaltecimento da técnica era, no Estado Novo, um desdobramento das críticas às instituições democrático-liberais e resultou em um impressionante fortalecimento do poder do Executivo federal. Nas palavras de D’Araújo,

o Estado Novo enalteceu a técnica em contraposição à política, veiculada como o lado sujo dos ‘interesses privados’. (...) Na prática isso significou a centralização política e administrativa; o fortalecimento do Poder Executivo em níveis até então desconhecidos; a subordinação dos estados ao governo central; e a proscrição do Legislativo (D’ARAÚJO, 2000, p. 31).

Nesse sentido, a própria noção de política se transmutava. Com essa ênfase na técnica, o novo regime pretendia se legitimar também pela eficiência, onde a democracia liberal aparecia como um elemento perturbador com seus mecanismos que desperdiçariam energia econômica, social e política, de modo que o Estado Novo se caracterizaria, segundo Maria do Carmo Campello de Souza, por uma “progressiva ‘ocupação’ do espaço organizacional e decisório por agências burocrático-estatais” (SOUZA, 1983, p. 84). Por isso, a ‘política’, no Estado Novo, ganhava um sentido administrativizado, já que o que aparecia como essencial era

[...] o sentido estadonovista de organizar e administrar o sistema de produção (Volta Redonda, etc.), como um todo, racionalizando o seu serviço de execução (órgãos consultivos), tornando os mecanismos de realização os mais eficientes e produtivos, sem possíveis interferências de elementos estranhos e que desvirtuam o seu sentido. [...] [Assim], o termo ‘político’ é entendido mais no sentido administrativo e hierárquico, do que aquele originário do capitalismo individualista e liberal, do laissez-faire, do século XIX (CARONE, 1977, p. 162. Grifo meu).

Em documento datilografado encontrado no arquivo Gustavo Capanema em papel do Departamento Administrativo do Serviço Público intitulado “a racionalização do Governo”, não é à toa que o pesquisador Simon Schwartzmann encontrou correções no texto feitas pelo próprio Capanema onde ele substituíu a palavra “política” por “administração” (SCHWARTZMANN, 1983, p. 45).

2.2 A comissão técnica

Roberto Lyra, ao rememorar os trabalhos da comissão revisora composta por ele, Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz, com a supervisão externa de Antônio José da Costa e Silva (que não pôde aceitar o convite insistente de Hungria para participar da comissão por motivos de saúde), ressalta que foram dois anos dedicados à exploração científica e minuciosa dos institutos a serem codificados. Nesse sentido, Lyra sublinha que “[...] na história das codificações penais, a contribuição brasileira de 1940 figurará com a primeira a consumir-se num gabinete-oficina, com os operários em camisa. No lugar da tribuna, a mesa” (LYRA, 1975, p. 47). Embora o pioneirismo atribuído ao caso brasileiro seja um exagero, a especificidade histórica dessa maneira de levar a cabo uma codificação que se consolida nesses inícios do séc. XX é verdadeiramente importante. O historiador espanhol Carlos Petit, sobre esse assunto, assevera que, no final do séc. XIX,

a longitude e complexidade do direito codificado, as exigências sistemáticas que os códigos requeriam, se pretendiam incompatíveis com os modos e formas das assembléias políticas, um âmbito de puras paixões completamente inapropriadas para o estudo e à ordem que exigia a tarefa codificadora. No máximo, às Cortes competiria fixar algumas linhas muito gerais, pois seria atribuição do governo buscar e depois sustentar os especialistas que melhor garantissem a preparação de um texto legal com alto conteúdo técnico (PETIT, 2000, p. 135.).²⁴

Em 1938, Francisco Campos repetia as suas convicções contra a capacidade de legislar do Parlamento, evidentemente para legitimar a extinção do órgão com o golpe que instituiu o Estado Novo. Nem as “linhas gerais” seriam suficientes para legitimar a existência do Parlamento. Nas palavras de Campos,

A iniciativa da legislação cabe hoje, em todo o mundo, ao Poder Executivo. Não é este um caso de usurpação de poderes, nem essa situação existe em virtude de atos de violência. O Estado marcha para a legislação pelo Executivo como o sol para a constelação de Hércules. É um dado da História e a substância da História não é feita apenas do arbítrio dos homens. A massa e a complexidade da legislação não podem mais ser tratadas pelos processos discursivos, próprios dos parlamentos do século XIX, cuja competência se exercia no seu domínio natural, que era o das grandes questões, simples e gerais, próprias aos largos debates oratórios e suscetíveis de serem resolvidas

²⁴ Tradução Mônica Sol Glik. No original, “(...) la longitud y complejidad del derecho codificado, las exigencias sistemáticas que los códigos requerían, se querían incompatibles con los modos y las formas de las asambleas políticas, un puro ámbito de pasiones caldeadas por completo inapropiado al estudio y al orden que exigía la tarea codificadora. Como mucho, a las Cortes correspondería fijar unas líneas generalísimas, pues sería cosa del gobierno buscar luego e sostener a los expertos que mejor garantizaran la preparación de un texto legal con alto contenido técnico.”

mediante opções de caráter exclusivamente político ou moral. Os problemas legislativos do nosso tempo são de outra natureza. São, por excelência, problemas de regulamentação e de controle das utilidades criadas pelo homem e que é dever do Estado colocar ao serviço da coletividade. A regulamentação e o controle da massa, dia a dia crescente, das forças e das riquezas acumuladas pelo homem, suscitam problemas essencialmente técnicos, cuja solução não se pode alcançar mediante os processos dilatórios, as improvisações e a confusão de línguas das babéis parlamentares (CAMPOS, [1938] 2001, p. 99).

Essas comissões técnicas para elaboração de códigos, geralmente montadas sob a égide de um órgão especializado como o Ministério da Justiça, e não da Assembléia representativa, são um dos principais mecanismos institucionais através do qual as codificações se tornam cada vez mais artefatos técnicos. Neste sentido vale assinalar que o código criminal brasileiro de 1830 foi discutido no âmbito de uma comissão do Congresso Nacional, e não do Ministério da Justiça, composta por deputados. Alguns dos deputados, certamente, eram juristas, mas com uma formação onde a importância da eloquência e da oralidade não permitia uma cisão tão forte entre a atividade política de um deputado em uma Assembléia e a atividade do jurista em uma disputa forense nos tribunais²⁵, muito diferente daquela dos anos 30 do séc. XX. Já o código penal de 1890 foi obra individual.

O Estado-Novo, então, com as vantagens centralistas desse procedimento de comissão como substituto da assembléia representativa, passa a adotá-lo para larga parte dos textos legislativos produzidos sob a sua égide, e não só para os códigos em sentido estrito. Entre os códigos produzidos dessa forma destaca-se o código de processo penal de 1941, e, entre as leis comuns, destacam-se algumas leis trabalhistas produzidas por comissões instauradas no âmbito do Ministério do Trabalho. A dinâmica das comissões tende a autonomizar

²⁵ C.f. PETIT, 2000 e FONSECA, 2006.

(ao menos relativamente) o processo de escritura dos códigos das instituições políticas, e, por isso, o suporte para o seu procedimento de escrita tende a se deslocar das discussões políticas travadas numa Assembléia Legislativa ou das filosofias político-jurídicas mais ou menos panfletárias, como no Iluminismo, para procedimentos de cunho técnico.

Sobre a necessária autonomia da comissão revisora em função do seu caráter especializado, Roberto Lyra conta que, de fato, os integrantes do grupo de trabalho teriam tido total autonomia para reelaborar o anteprojeto de Alcântara Machado, e que não teriam sofrido qualquer ingerência indevida do ministro Francisco Campos (LYRA, 1975, p. 103). Antes de mais nada, uma afirmação como essa é uma auto-defesa, e, portanto, deve ser bem entendida. Em primeiro lugar, é possível sim afirmar que, residualmente, essa autonomia referida por Lyra reverberava na autonomia dos conteúdos de significado político mais direto no código. Veja-se o caso da pena de morte e da greve que, não obstante as pulsões repressivas do Estado Novo, a comissão foi mais prudente. No caso da greve, o instituto codificado, aliás, direcionava a criminalização para as eventuais violências decorrentes da greve, e não para a greve em si²⁶. Uma direção na codificação do instituto que foi resultado do empenho direto do socialista Roberto Lyra, ainda que, na prática, a prudência do código não tenha se refletido diretamente na repressão de fato. Por outro lado, é preciso circunscrever essa autonomia ao plano da relação entre o processo de escritura legislativa do código e a dinâmica das instituições políticas. A primeira observação que se impõe nesse sentido é que a comissão revisora é montada no âmbito de um órgão de cunho mais administrativo do Estado: o Ministério da Justiça. Em síntese, autonomia em relação à

²⁶ Segundo Roberto Lyra, “o art. 139 da Carta de 1937, desarmando o operariado de seu único instrumento pacífico para a luta desigual do cordeiro contra o lobo, declarou a greve recurso anti-social, nocivo ao capital e ao trabalho (sic). Apesar do preceito constitucional e da política reacionária que policiava a questão social, não incriminamos a greve em si, mas somente a violência, a grave ameaça, o dano, a invasão ou a ocupação de estabelecimento ou a provocação de interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo. As penas cominadas não guardam relação com o empenho constitucional. Responsável imediato por este título do código não consegui tudo, diante das circunstâncias da guerra contra o nazi-fascismo que tornavam a ‘quinta coluna’ interessada em provocar a guerra.” (LYRA, 1956, p. 105)

dinâmica das instituições políticas do Estado, mas não em relação às políticas do Estado.

Circunscrito o sentido dessa autonomia ao processo de escritura do texto legislativo, quanto aos conteúdos codificados, por outro lado, o discurso deve ser outro, e a vinculação do código com as práticas de governo estatais no âmbito da repressão penal deve ser ressaltada. É nesse ponto em que não se deve esquecer que o código foi levado a cabo sob a égide de um governo autoritário, ainda que o seu significado político-jurídico mais geral ultrapasse essa vinculação, especialmente do ponto de vista da história das codificações. Contemporâneo do processo de reforma penal que redundou no código penal de 1940, conhecedor do Brasil através de suas amizades com juristas brasileiros, visitas ao país, participações em congressos, etc., o penalista espanhol radicado na Argentina Luís Jimenez de Asúa tratou de apontar a vinculação entre o código penal de 1940 e o regime de força sob o qual foi instituído. Segundo ele, “(...) o código penal do Brasil respaldou penalmente o ‘Estado Novo’ de Getúlio Vargas. A nova Constituição [referindo à Constituição de 1946, posterior ao período do Estado Novo], ao contrário, ditou-se com afãs democráticos e liberais, de modo que é flagrante o divórcio da lei punitiva e o código político da Nação” (ASUA, 1950, p. 1063). Uma opinião que se chocava frontalmente com a posição da maioria dos penalistas brasileiros da época e posteriores que consolidou a versão segundo a qual o código penal de 1940, apesar do regime de força sob o qual foi produzido, ainda seria um diploma penal liberal, já que conservara o princípio da legalidade, ao contrário, por exemplo, da legislação nazista²⁷.

²⁷ Esse posicionamento é quase uma unanimidade entre os penalistas brasileiros, a começar pelo próprio Nelson Hungria. Segundo Hungria, praticamente defendendo-se (tendo sido ele um dos principais redatores do código), “se o Código de 40 não pactuou com o liberalismo *à outrance*, não o fez por injunção de tendência totalitária, mas em obediência a critérios pacíficos no setor do direito penal. (...) Um Código que acolhe princípios centrais do individualismo político em matéria penal, quais sejam a proibição de analogia e a irretroatividade da *lex gravior*, não pode ser totalitário” (HUNGRIA, [1948] 1977, p. 41). Prescindindo do problema específico do uso da palavra ‘totalitário’, cf., também: LOUREIRO, 1961; COSTA E SILVA, 1967 – tendo Costa e Silva participado indiretamente do processo de codificação, devendo a sua opinião ser considerada uma verdadeira autodefesa; FRAGOSO, 2004 – nesse aspecto é importante lembrar que Fragofo era discípulo de Nelson Hungria; e, mais recentemente, BATISTA e ZAFFARONI, 2003.

Na avaliação do penalista Osman Loureiro, na linha de tentar “salvar” o código das marcas do regime autoritário que o elaborou, afirmava que “o empenho em favor da defesa social, são co-naturais a empresas dêsse porte; e não alcançam, por isso mesmo, a significação de constituírem marcas do tempo de exceção em que o nosso código surgiu.” (LOUREIRO, 1961, p. 11) Porém, se é verdade que o código penal de 1940 manteve o princípio de legalidade e que o aumento do rigor penal não foi uniforme para todos os crimes, o discurso da necessidade de tornar mais eficiente a repressão penal sob a égide da noção de defesa social, talvez seja algo a ser levado mais seriamente em consideração ao se tentar definir a linha política do código penal de 1940, que vai também transpassar a feitura do código de processo penal que tinha como uma de suas preocupações cardinais eliminar o “excesso” de garantias para os “bandidos”, em nome dos reclames da defesa social. Uma idéia de defesa social específica que servira justamente para fazer frente a vários preceitos liberais, e que a codificação penal brasileira de 1940 recepcionaria enquanto código de um regime não-liberal como o Estado Novo, tal qual preconizava Nelson Hungria (1941). Isto é, a ênfase na idéia de defesa social própria dessas primeiras décadas do séc. XX que marcou a codificação penal brasileira de 1940 talvez não seja, como queria Loureiro, “co-natural” a qualquer empreendimento codificador. A historiadora Joseli Mendonça, comentando os resultados da 1ª Conferência de Criminologia, em 1936, afirma que

para muitos dos conferencistas, o código devia realizar a correção de dois graves problemas que julgavam vinha ocorrendo - há tempos - na aplicação da justiça penal. Por causa das características da lei em vigor, na avaliação desses juristas, havia ocorrido uma insuficiência dos mecanismos punitivos e, conseqüentemente, uma fragilização da própria justiça penal (MENDONÇA, 2004, p. 339-40).

Nessa época, tramitava, ainda, o projeto de Código Penal de autoria de Sá Pereira, e os resultados dessa conferência seriam publicados sob o título “Sugestões oferecidas ao projeto nº 188-A de 1935 - código criminal - pela Primeira Conferência Brasileira de Criminologia – 1936” (MENDONÇA, 2004, p. 339, nota 11). Ainda que

essa ênfase na defesa social não deva levar à conclusão do enrijecimento uniforme em todas as situações do ordenamento penal e que o discurso da manutenção do princípio da legalidade deva ser considerado (principalmente em seus efeitos retóricos de diferenciação em relação a experiências como a nazista ou soviética), é possível afirmar que a linha política do código penal de 1940 é autoritária. O que não se deve perder de vista com essa afirmação é a complexidade das relações que se estabelecem entre a codificação e a situação política brasileira na década de 30.

2.3 As revistas especializadas, as associações de penalistas, os congressos de direito penal

A busca contínua, durante todo o processo de codificação, por outros códigos e projetos de código a fim de comparar a técnica de escrita legislativa e as soluções técnico-jurídicas dos institutos específicos também constitui uma dimensão importante da tecnicização da legislação. Não é por acaso que, exceto os casos de colonialismo, é difícil encontrar uma codificação dessa época que não tenha manejado muitos códigos estrangeiros – e não um único modelo – para chegar às suas próprias soluções, muito embora existissem códigos ou projetos de código considerados especiais (nesse sentido, modelos), como o italiano e o suíço. Algo desse tipo só poderia ser adequadamente gerido por especialistas do campo jurídico. A fim de facilitar esse procedimento, ganham relevo as articulações e redes produzidas pelos próprios juristas com a intenção de dar suporte aos processos de codificação.

Os epistolários de juristas, as revistas que tinham como objetivo comparar leis e doutrinas, já indicam a importância dessas redes internacionais durante os processos de codificação desde meados do século XIX (VANO, 2009). Ao longo do final do século XIX e início do século XX entram em cena associações internacionais de juristas empenhadas na colaboração com os processos de codificação, seja através de códigos-modelo, compilações comparativas de códigos, análises e testemunhos comparados dos processos de codificação nacionais, etc. Além das associações, destacam-se também os congressos de juristas empenhados na promoção das codificações que também se multiplicam nesse momento histórico, seja através da discussão de princípios comuns a serem aplicados nas codificações,

elaboração de códigos-modelo, etc. Ao tratar do problema da unificação de códigos, um horizonte que, apesar do nacionalismo que caracteriza as primeiras décadas do séc. XX e que estava muito presente no imaginário dos juristas, Roberto Lyra (1975, p. 14-19) menciona alguns desses congressos internacionais, tendo ele participado, inclusive, de vários deles. Importância da dimensão internacional é reconhecida também pelo historiador Tiago P. Marques em relação ao código penal fascista de 1930. Para ele, o código penal italiano teria sido uma co-criação de juristas militantes e do movimento penal internacional, ressaltando, porém, a inadequação de considerar a influência dos movimentos penais internacionais como argumento a favor da tese da continuidade do código de 1930 com a tradição jurídico-penal liberal (MARQUES, 2007, p. 322-323).

A propósito da “autoria” do código, na controvérsia acerca do lugar de Alcântara Machado na “paternidade” do código penal de 1940, apesar das acusações por ele levantadas de que o projeto da comissão revisora teria distanciado-se excessivamente do seu projeto, Nelson Hungria procurou aplacar os ânimos reconhecendo toda a importância de Machado para o texto final e afirmando que, no limite, a autoria de um código não é a de um indivíduo ou outro, mas de toda a comunidade jurídica nacional, na medida em que o código deveria, e assim o fez, no olhar de Hungria, espelhar o grau de evolução da ciência jurídica nacional na tarefa de inscrever em institutos jurídico-penais o caráter da Nação (HUNGRIA, [1954] 1976, p. 341-342).

Realidade nacional e cultura jurídica nacional, porém, que devem ser relativizadas quando se tem em vista os suportes do processo codificador, que faziam pouco caso das fronteiras nacionais, seja através dos congressos internacionais, das associações internacionais empenhadas nas codificações, como também do empenho de juristas estrangeiros nas críticas e comentários aos vários projetos de código penal que se multiplicaram no Brasil desde o final do século XIX até 1940. Muitos desses comentários, aliás, além de terem circulado no Brasil através das próprias revistas especializadas que os publicavam, também foram traduzidos e publicados em revistas jurídicas especializadas brasileiras, como a Revista de Direito Penal, a Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a Revista Forense e a Revista dos Tribunais. Da mesma forma os juristas brasileiros comentavam projetos de código estrangeiros, e projetos estrangeiros

circulavam no Brasil em revistas especializadas, como o famoso projeto Ferri italiano.

Entre as associações, muito famosa foi a União Internacional de Direito Penal fundada em 1889 por três importantes penalistas: Franz Von Liszt, Gérard Van Hamel e Adolphe Prins. Empenhada em encontrar idéias fundamentais para uma unidade das legislações mundiais calcada em minucioso estudo científico, a associação promovia, por exemplo, a publicação de livros acerca dos diversos processos de codificação mundo a fora. Série de publicações que teve também a participação brasileira através da colaboração dos juristas João Vieira de Araújo, Clóvis Beviláqua e do próprio Von Liszt num volume sobre os códigos penais brasileiros publicado em 1911 (VON LISZT, ARAÚJO, BEVILÁQUA, 1911). Volume, aliás, que, apesar de publicado no Brasil, era bilingüe (português e francês). A União Internacional de Direito Penal é extinta em 1913, mas em 1924 surge a sua sucessora, a Associação Internacional de Direito Penal, coordenada pelo francês Carton de Wiart. Uma nova associação que cogitava de reunir projetistas de códigos nacionais, mas que, segundo Roberto Lyra, contentou-se em sugerir princípios básicos comuns em vários congressos internacionais por ela promovidos (LYRA, 1975, p. 15).

Outra associação da mesma época é a *American Law Institute*, fundada em 1924, que, apesar de estar num país de *common law* como os Estados Unidos, um sistema diferente de fontes jurídicas onde um código não tem o mesmo lugar em relação ao sistema brasileiro e da Europa continental, se enquadra nesse grande processo que deu suporte à tecnicização da legislação. O Instituto nasce de uma comissão formada por juízes, advogados e professores norte-americanos, o “Comitê para o Estabelecimento de uma Organização Permanente de Aperfeiçoamento da Legislação”. Para os membros dessa comissão, entre os defeitos da legislação, estavam a “falta de precisão no uso dos termos jurídicos, provisões estatutárias conflitantes e mal desenhadas, o grande volume de decisões impressas, e o número e a natureza de novas questões jurídicas”, e também a “falta de um desenvolvimento sistemático” (ABOUT..., 2007. Grifo meu)²⁸. Para enfrentar esses problemas, a

²⁸ No original: “Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law (...).“lack of precision in the use of legal terms, conflicting and badly

comissão sugere a criação de um órgão permanente, que veio a ser o *American Law Institute*. Envolvido em diversas reformas institucionais nos Estados Unidos, ele também promoveu a elaboração de um *Model Penal Code*, que Roberto Lyra, escrevendo no clima de tensão da Guerra Fria, como socialista que era, não hesitou em chamar de um projeto de “submeter os outros a padrões e influências” (LYRA, 1975, p. 15), e não por acaso Lyra completa comentando que a Rússia, como líder da União Soviética, também adotou uma parte geral para todas as repúblicas, mas que, quanto à parte especial (a da especificação dos crimes) “cada república soviética tem sua legislação penal”.

Quanto à União Internacional de Direito Penal, ela se extinguiu em 1913 em função da Primeira Guerra Mundial, mas se reorganiza em 1924, dessa vez em Paris. Importante ressaltar que, não por acaso, o primeiro tema do primeiro congresso organizado pela associação teve a seguinte denominação: “*Rapport sur l'état législatif actuel*” (LISTE des Congrès, 2007). Conforme Roberto Lyra, apesar das rivalidades, a Associação conseguiu obter um importante espaço consultivo ante as instituições políticas nacionais, em virtude do “irresistível entrelaçamento de todos os povos” (LYRA, 1975, p. 17), como sublinha também o histórico oficial da associação:

Depois de 1924, a A.I.D.P. adquiriu, no seu domínio, um estatuto especial entre as outras organizações e na doutrina, especialistas, autoridades governamentais, e profissionais. Os seus domínios são: 1) A política criminal e a codificação do direito penal. 2) O direito penal comparado. 3) O direito penal internacional (especialmente a justiça penal internacional) e 4) Os direitos humanos na Administração da justiça penal (HISTORIQUE... 2007. Grifos meus).

Roberto Lyra, reconhecendo a importância de Associações como essa, afirma que, mesmo “[...] não podendo criar Direito, é sempre útil

comparar o Direito pré-constituído e idealizar fórmulas unitárias aproveitáveis para a jurisdição internacional” (LYRA, 1975, p. 17).

Os exemplos ao redor do mundo de órgãos e associações similares poderiam se multiplicar, mas, só para ficar em mais um caso importante, temos o *Comité de Législation Etrangère et de Droit International* francês, criado em 1876, que

recebeu por missão primordial velar pela manutenção e desenvolvimento de coleções de leis estrangeiras o qual veio a ser constituído no Ministério da Justiça. Mas recebeu igualmente a atribuição de apontar para o Garde des Sceaux os códigos ou leis que lhes parecessem desejáveis para a publicação de uma tradução francesa (ANCEL, 1977, p. I)²⁹.

Para voltar ao Brasil, vale lembrar também que os vários projetos de código penal, ao longo das décadas que precederam a promulgação do código de 1940, eram publicados nas revistas especializadas, produzindo uma sucessão de comentários dos juristas a respeito desses projetos. O projeto Alcântara Machado, por exemplo, é publicado pela Revista da Faculdade de Direito em uma edição especial que continha também uma série de artigos jurídicos a respeito dele. Da mesma forma, os projetos passavam por debates no círculo especializado de juristas através de congressos promovidos por associações de classe (de magistrados, por exemplo) ou pelas faculdades de Direito. Muitas das soluções incorporadas nos projetos, aliás, eram resultado de moções votadas no final dos trabalhos desse tipo de congresso, como foi o caso do 1º Congresso de Criminologia em 1935.

Associações internacionais de juristas tendo em vista o fomento da atividade codificatória no mundo inteiro, circulação em escala mundial dos textos de códigos de vários países, publicação dos projetos de código brasileiros e estrangeiros nas revistas especializadas – aquilo que seria, na terminologia carrariana, o “plebiscito dos criminalistas” -,

²⁹ No original, em francês: “(...) reçut pour mission première de veiller à l’entretien et à l’accroissement des collections de lois étrangères qui venaient d’être constituées au Ministère de la Justice. Mais il reçut également la charge de signaler au Garde des Sceaux les codes ou les lois dont il lui paraîtrait souhaitable que fût publiée une traduction française”.

todos esses elementos articulados com o simples, mas relevante fato, de que o código foi produzido no âmbito de uma comissão especializada do Ministério da Justiça, são as condições de possibilidade para que um código fosse um artefato tão técnico.

2.4 O texto técnico

Depois de analisar os suportes da escrita do tipo de texto do código penal de 1940, é preciso considerar por um momento o formato do texto em si mesmo. Folheando, em especial, a Parte Geral, um leitor “comum” dificilmente levantaria dúvidas de que se trata de um texto escrito por técnicos, e, mais do que isso, destinado aos próprios técnicos. A impressão, em linhas gerais, é verdadeira, mas, não é óbvio que assim fosse. Uma boa parte das definições operatórias do direito penal está contemplada na Parte Geral, ou seja, o instrumental dos juristas e militantes dos tribunais. O Código Penal de 1940 adota a solução dita tradicional de definir ao máximo possível os conceitos utilizados (muito embora ainda insuficiente na opinião, provavelmente correta, de vários penalistas) para evitar as incertezas na aplicação da lei. Nesse caso, estaríamos falando do velho controle do arbítrio judicial da tradição liberal. Porém, a ênfase entre os dois extremos da experiência moderna, representado, por um lado, pelas codificações do final do séc. XIX e início do séc. XX como a brasileira, de outro, pelas idéias, códigos e projetos da segunda metade do séc. XVIII e início do séc. XIX, são significativas. Para tomar só um exemplo, para Jeremy Bentham a definição dos conceitos jurídicos no próprio código era sim uma forma de controlar o arbítrio judicial, e, de uma forma mais geral, o próprio papel da classe dos juristas na constituição do campo jurídico, que deveria ser, a partir de então, absolutamente transparente. A definição no interior do próprio código deveria tornar supérflua qualquer referência a outros textos, em particular os doutrinário-jurídicos. O dado, por assim dizer, desconcertante é que na leitura da Parte Geral de um código como o brasileiro de 1940 a profusão das definições jurídicas aparece, também, como um dos sinais mais eloquentes do texto codificado enquanto obra técnica dos juristas (e para juristas). A diferença fundamental é que a definição dos conceitos jurídicos no código, para Bentham, era uma necessidade residual, somente quando a

“língua natural” não fosse suficiente, de modo que seria indispensável o uso de um termo do léxico específico do grupo profissional dos juristas.

As definições jurídicas não são, no código penal de 1940, residuais. Um dado documentado, principalmente, pela extensão da Parte Geral.

A consagração de uma ou outra corrente doutrinária passava por definições da Parte Geral. Em praticamente todos os textos de caráter geral escritos sobre o código penal de 1940, a começar pela própria Exposição de Motivos, o embate entre classicistas e positivistas é passagem obrigatória (bem como a repetição do argumento das “duas velas” para uma e para outra escola), o que seria fundamental para a compreensão do texto codificado. Na perspectiva desta pesquisa, a centralidade desse tema pode ser redimensionada como centralidade da ciência jurídica e das definições dos conceitos jurídicos no processo de codificação.

Alguns dos primeiríssimos projetos de código penal modernos, na segunda metade do séc. XVIII, não possuíam, de fato, uma Parte Geral autônoma. O código civil napoleônico rejeitara a idéia de uma Parte Geral, substituída por um sucinto “Título Preliminar”. No direito privado, o modelo por excelência de código com Parte Geral deverá esperar até o final do séc. XIX com o código alemão de 1900 elaborado sob o signo da pandectística. No campo penal, a Parte Geral apareceu mais precocemente. Os códigos revolucionários foram refratários à idéia, mas as experiências napoleônicas já aceitaram de bom grado a existência de uma Parte Geral, ainda que muito sucinta. O *code pénal* de 1810 “ávaro de definições, não só na Parte Geral, mas também na Parte Especial onde os crimes, às vezes, eram simplesmente mencionados com o seu *nomen juris*” (CADOPPI, 1996, p. 9)³⁰. O contra-modelo era representado pelo código penal austríaco de 1803, que contava com uma tessitura mais espessa de definições, mas que teve sucesso limitado ao longo do séc. XIX (CADOPPI, 1997, p. CXXIII). A extensão da Parte Geral do código penal de 1940 e a tessitura de definições que ele traz quer dizer que se trata de um exemplo-limite de “código-tratado” da tradição austríaca?

³⁰ No original, em italiano: “avaro di definizioni, non solo nella parte generale, ma anche nella parte speciale, ove talora i reati erano semplicemente “menzionati” col loro *nomen juris*.”

Talvez a própria pergunta baseada nessa opção binária exija alguns corretivos e especificações. Entre os dois grandes paradigmas de codificação - o francês, conhecido pela limpidez do comando, cujo maior teorizador seria, portanto, Jeremy Bentham, e o alemão, conhecido pelo estilo acadêmico da pandectística e cujo antecedente, na seara penal, seria o código de 1803 – o estilo ideal, para Nelson Hungria, seria o primeiro. Teria sido justamente exatamente esse o estilo acolhido pelo texto codificado pelo menos desde o projeto Alcântara Machado e que Hungria elogia fazendo suas as palavras de Carlo Umberto Del Pozzo e de Irureta Goyena. Na citação de Del Pozzo afirmava-se que “o projeto [Alcântara Machado] oferece vantagens inúmeras, como (...) a simplicidade de redação, que mostra à primeira vista não se tratar de um livro de doutrina, e sim de um código”, e, na de Goyena, “o excesso na articulação, a extensão nas fórmulas, o preciosismo acadêmico da linguagem constituem, a meu ver, defeitos positivos que o autor [Alcântara Machado] conseguiu evitar” (*apud* HUNGRIA, 1943, p. 11)³¹. O estilo do código deveria, procurando

³¹ A citação de Del Pozzo provém de um artigo de 1940 (p. 35) publicado na Revista Forense que se desenvolve, em linhas gerais, através de comparações com o código italiano, estabelecendo linhas de influência, e, sobre esse particular, deixando entrever que, talvez, o projeto brasileiro fosse menos “academicista” (uma crítica, aliás, bastante comum contra o código penal italiano de 1930. Cf. BRICOLA, 1996, p. 181; DI SIMONE, 2007, p. 347; ROSONI, 1997, p. 26). Apesar do aprofundamento do código como objeto técnico tender a esfumar a distinção entre código-comando e código-tratado como categoria eficaz de leitura tanto de codificações em si (dessa época) como da noção de código subjacente a reformas penais como a brasileira de 1940, isso não quer dizer que não houvesse, na época, a fronteira do exagero determinada pelas características específicas do texto-código. Isto é, grande parte dos “tecnicismos” já estavam naturalizados como parte de codificações que eram, na plenitude da palavra, objetos técnicos, mas, grande parte não quer dizer tudo, não quer dizer total esquecimento da diferença entre texto doutrinário e texto legal. O artigo citado de Goyena foi publicado na Revista Forense de novembro de 1939, e, na sequência do trecho citado, o penalista uruguaio ainda completa dizendo que “o código penal não pode ser uma obra acadêmica: lei do povo e para o povo deve sem prejuízo aproximar-se da verdade científica não romper seus laços com a consciência pública, que é também uma verdade de fato, tão respeitável como a própria verdade científica” (GOYENA, 1939, p. 38). A visão da dupla alma do código (técnica e política) não era estranha a Alcântara Machado, que dizia praticamente a mesma coisa na Exposição de Motivos do seu projeto: “Um código dessa natureza (...) não pode ser obra puramente científica: há uma relação lógica e necessária entre seu conteúdo e as circunstâncias políticas e sociais do lugar e do momento” (D’OLIVEIRA, 1938, p. 16). A exposição de motivos do código penal deixa entrever o tema da dupla alma do código exatamente no mesmo contexto em que foi utilizado por Goyena: na defesa da autonomia da vontade, que seria um “postulado de ordem prática”, “do ponto de vista ético-social”, se

sintetizar o aparente paradoxo, encerrar o mais perfeito comando, já que se tratava de um texto legal, expressão da soberania estatal, mas também espelhar a ciência jurídica na tessitura dos comandos e definições.

Sem querer entrar na polêmica sobre o duplo destinatário da norma penal (magistrados e súditos), basta dizer que, como dispositivo de comunicação (e não necessariamente como comando legal), o código, aqui, fala aos juristas. Se o processo de comunicação pressupõe a existência de alguma “novidade”, algo de não compartilhado, a ser transmitida ao interlocutor (ISER, 1987, p. 66; LOTMAN, 1993, p. 14), as novidades colocadas em foco quando da reforma penal de 1940, e o modo como foram colocadas em foco, referem-se basicamente à aplicação judicial da lei. Por essa razão as medidas de segurança e a periculosidade foram tão discutidas: eram dispositivos que traziam grandes mudanças na rotina do judiciário, evidentemente com grandes conseqüências para os cidadãos, para os imputados, mas, a grande questão era como aplicá-las adequadamente com a entrada em vigor do novo código.

Não é uma grande novidade que um código não fale aos súditos, mas sim aos juristas. O próprio código civil napoleônico, que rejeitara a Parte Geral em favor de um simples ‘Título Preliminar’, com os seus milhares de artigos, não era tão facilmente manejável por leigos. A tematização do código como dispositivo de comunicação, mas, ao mesmo tempo, a redução do direito a puros comandos – o grau zero da comunicação (LOTMAN, 1993, p. 13) - traduzia-se em um paradoxo resolvido com a abstração do destinatário e com a presunção de

trataria de um “a priori em relação a experiência moral” (CAMPOS, 1940, p. 212). Na mesma linha, dizia Hungria na sua conferência sobre o direito penal sob o Estado Novo: “o direito penal não é obra puramente científica: tem de inspirar-se no ambiente político em que se forma. O fenômeno jurídico-penal é inseparável do fenômeno histórico-político” (HUNGRIA, 1941, p. 13). Explorar como se formou, ao longo da modernidade, a idéia da dupla alma do código (ou do direito, de uma maneira geral) é uma tarefa que escapa aos objetivos dessa pesquisa. Basta aqui salientar que o lado “político” do código é um recipiente que recolhe elementos bastante diferentes, como o tipo de Estado que promove a codificação, as condições econômicas e sociais do país, a consciência jurídica popular, etc. Neste último elemento deixa-se entrever os destinatários não-especialistas do código, porém, é importante ressaltar que essa relação é, em larguíssima medida, encaixotada na lógica do reflexo, enquanto o enfoque desta pesquisa procurou localizar a dimensão da relação do código *enquanto texto* com os seus destinatários imaginados.

conhecimento da lei³². Porém, em uma concepção como a de Nelson Hungria, onde a aplicação judicial da lei é o ponto de referência, o comando pensado como efeitos obrigatórios da lei em um tribunal quase prescinde da consideração desses destinatários não-juristas. Basta a legitimação segundo a qual os comandos do código espelhariam a consciência desses destinatários. As teorias sobre os tipos de criminosos – de origem positivista, mas, recepcionadas de maneira mitigada pelo tecnicismo hungriano e pelo código penal de 1940 – abordam os destinatários da norma penal, mas não como leitores; o mesmo acontece quando se fala do princípio “o desconhecimento da lei não excusa”, sancionado pelo código. Aliás, o próprio fato de os problemas colocarem-se em esferas distintas é um dado a ser considerado, já que exemplos mais antigos como o de Jeremy Bentham mostram que abordar articuladamente a questão dos destinatários do texto e do comando fazia parte integrante de uma determinada forma de conceber o projeto de tornar radicalmente transparente a ordem jurídica, seja nos seus efeitos de “democratização” (contra os juristas), seja naqueles de potencialização da autoridade estatal.

2.5 As margens

No início do século XX já existiam teorias que polemizavam com a tese do monopólio legislativo na constituição do campo jurídico-penal – uma área particularmente resistente em comparação com o direito do trabalho, comercial ou civil (CAZZETTA, 2004). Eduardo Massari, por exemplo, afirmava que, mesmo diante de um sistema legislado, os magistrados e a doutrina ainda sim tinham um grande papel, assim como o costume (MASSARI, 1913). Mesmo assim, tanto tempo depois da queda do *ius commune* e do direito colonial do Antigo Regime, o problema da centralidade e da completude do código colocava-se fundamentalmente em relação às outras leis: a legislação especial e de exceção. O novo código, então, também deveria solucionar o problema da confusão legislativa causada pela proliferação de leis especiais que flanqueavam o código penal de 1890, e dificultava o seu manejo nos tribunais. A dificuldade era tamanha que, em 1932, “(...) para gáudio

³² Cf. CAPPELLINI, 2002 para uma análise com base, exatamente, na teoria de J. M. Lotman.

dos lidadores do fôro criminal e dos estudantes de direito” (HUNGRIA, 1943, p. 9), Vicente de Piragibe colige as leis penais especiais, inserindo-as na armação sistemática do código penal de 1890 num trabalho que ficou conhecido como “Consolidação Piragibe”, que não tardou a ser oficializado pelo governo.

Apesar da pretensão de completude das codificações, ao longo dos séculos XIX e início do séc. XX, passaram a flanquear o código dois outros níveis de legalidade: o da Constituição e o das leis especiais. Em relação a esses níveis de legalidade que passam a compartilhar o espaço do ordenamento jurídico com os códigos, Paolo Grossi observa que

na longa estrada percorrida após 1804, o Código viu multiplicarem-se os níveis de legalidade, primeiro – no século XIX – a legislação especial ou excepcional do legislador ordinário, que, porém, limitava-se a responder questões contingentes que o Código abstrato não tinha conseguido responder, após – no século XX – as Constituições, que a essa altura já tinham se tornado verdadeiras ordens normativas (GROSSI, 2007, p. 117).

Ou seja, no modelo clássico oitocentista a ordem jurídica pretendia ser a mais compacta possível, a mais restrita possível ao próprio texto do código, sendo as leis especiais instrumento para dar conta de questões contingentes, enquanto as Constituições se mantinham como simples declarações políticas, com pouca eficácia nos tribunais, em comparação com os códigos.

Quanto ao nível da Constituição, talvez seja prematuro falar num nível de legalidade constitucional consolidado no Brasil estadonovista. A constituição de 1891 previa um sistema de controle de constitucionalidade das leis, segundo o qual qualquer juiz ou tribunal poderia afastar a aplicação da lei declarando-a inconstitucional, mas o Supremo Tribunal Federal ainda não se caracterizava como uma corte constitucional propriamente dita, especializada nesse tipo de controle. Além disso, o Estado Novo, através da Constituição de 1937, limitou a importância da legalidade constitucional ao prever que, se uma lei fosse declarada inconstitucional, essa lei poderia ser apreciada novamente pelo Parlamento, abrindo um caminho para a possibilidade de se ignorar

as declarações de inconstitucionalidade oriundas do Poder Judiciário³³. A ação direta de inconstitucionalidade, o principal instrumento para a efetivação do nível de legalidade constitucional, só surgiria com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, justamente durante a Ditadura Militar que, mais uma vez, congelaria o processo de consolidação desse nível de legalidade, basta pensar nos sistemáticos desrespeitos às garantias individuais.

Quanto às leis especiais, retomando as palavras de Grossi segundo a qual elas responderiam a “questões contingentes que o código abstrato não tinha conseguido responder”, desse ponto de vista, elas não eram somente um problema para o código, mas serviam também para salvaguardá-lo. O exemplo mais contundente talvez seja o de Francesco Carrara. Para ele, o crime político não tinha a estabilidade racional do direito natural, e, por isso, não deveria ser codificado. Para evitar maiores iniquidades, como expressão das necessidades contingentes de governos contingentes, seria melhor que não entrasse em um código (CARRARA, 1898, p. 676-7 nota 1). De uma maneira geral, na síntese de Massimo Meccarelli, “o penal pensado para o momento de exceção, mesmo quando parece aceitável para ‘transitórias condições dos tempos’, não deve ser consolidado em um código e integrado na ordem penal: é preciso manter diferenciados os registros da repressão e da prevenção.” (MECCARELLI, 2008, p. 12)

Nelson Hungria, na sua conferência de 1942 “A evolução do direito penal” justifica a opção da comissão revisora de manter os crimes políticos fora do texto codificado citando o argumento de autoridade de Carrara. O argumento, porém, só era carrariano em aparência³⁴ e não explica suficientemente a opção legislativa, tanto é

³³ Dizia o art. 96 da Constituição de 1937 que “Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

³⁴ É possível elencar, como primeira diferença fundamental, a orientação de fundo a respeito do assunto entre Francesco Carrara e Nelson Hungria. Em conferência pronunciada em novembro de 1940 sobre o as transformações do direito penal sob o Estado Novo, Hungria afirmava: “O individualismo hipertrofiado fazia com que o delinqüente político fosse olhado com a máxima benevolência. (...) Não é admissível, de modo algum, seja qual for a razão, política ou

que, sintomaticamente, o problema nem é mencionado na Exposição de Motivos do código penal (ao contrário da manutenção das contravenções em lei especial que é devidamente justificada). No caso brasileiro, manter os crimes políticos fora do código, apesar da sua grande valência simbólica (especialmente sob um Estado autoritário), fora uma opção estratégica. O ministro Francisco Campos justificou a exclusão dos crimes políticos alegando que este delito já estava bem regulado através das leis especiais, em um sistema que já tinha uma lógica própria que não deveria quebrada. Evidentemente, uma lógica mais adequada à perseguição política (NUNES & SONTAG, 2008): seria mais fácil mudar as leis referentes a esse tipo de crime conforme as contingências políticas se elas estivessem fora do código, pois, desta forma, tais mudanças não influiriam na sistemática da codificação, maculando a sua estabilidade, o que é sempre causa de desconforto para

econômico-social, que o indivíduo se ponha em atitude negativa contra o Estado. Se o conflito se verifica e a atividade subversiva do indivíduo se estende até o domínio do direito penal (...), o crime, por ele praticado, ao invés de merecer benevolência, deve ser reprimido com a máxima severidade, com maior severidade do que a empregada contra os crimes lesivos dos interesses simplesmente individuais” (HUNGRIA, 1941, p. 14). Para Carrara, como expoente do liberalismo penal, era congenial a posição inversa. A questão não se resolve, porém, de maneira tão expedita. Alguns anos antes, Hungria defendia posições bem mais liberais (HUNGRIA, 1934; republicado pelo menos mais uma vez em HUNGRIA, 1936, p. 26-29), e, inclusive, críticas em relação à Lei de Segurança Nacional de 1935 (trata-se de preleção publicada, pelo menos, 4 vezes: no *Jornal do Commercio* e em HUNGRIA, 1935a; HUNGRIA, 1935b; HUNGRIA, 1936, p. 63-66). Apesar dessas variações e da defesa de um Estado mais forte na conferência da década de 40, vale a pena assinalar que Hungria nunca foi seduzido pelas concepções nazifascistas (cf., por exemplo, HUNGRIA, 1937; 1943c, p. 11-2, p. 20-21). De qualquer forma, é possível entrever, mesmo nos textos mais liberais de Hungria, a distância que o separa de Carrara, pois, mesmo assim, a firmeza na necessidade de uma repressão rígida contra a categoria de crimes de traição à pátria e anarquismo é afirmada. Com relação à primeira categoria, por exemplo, Hungria critica algumas leis que, desde o final do século XIX, atribuíram – equivocadamente, segundo ele – a crimes classificáveis sob essa rubrica o tratamento mais favorável reservado ao criminoso político. No livro de 1936, Hungria fazia reparos – não obstante o seu liberalismo em comparação com a conferência de 1941 – às posições liberais exacerbadas, e, entre esses, figurava Francesco Carrara. Contra o argumento carrariano da instabilidade e contingencialidade do crime político, Hungria opunha o argumento da maior estabilidade e durabilidade das instituições democráticas da sua época (HUNGRIA, 1936, p. 26), muito embora alguma perplexidade possa ser levantada a esse respeito se considerarmos que corria o ano de 1936, marcado por graves instabilidades institucionais que remontavam à revolução de 30, e, um ano depois, seria deflagrado o golpe do Estado Novo. Sobre esses difíceis meandros do pensamento de Hungria (que, aliás, não terminam na conferência de 1941), cf. NUNES, 2009. Sobre o crime político nessa época, cf. DAL RI JÚNIOR, 2006, p. 264-280.

os juristas no processo de aplicação das leis (CAMPOS, [1939] 2001, p. 142-144). Seja com o código em si, seja com as leis especiais, o regime estadonovista propagandeava a sua imagem de “amigo da estabilidade”. Em uma conferência de 1941 para um público de magistrados, dizia o ministro Francisco Campos:

Vedes (...) no codificador o amigo da estabilidade e da duração, bens essenciais do espírito, que é dever dos homens de governo, principalmente em épocas como a nossa, preservar, defender e acautelar como um tesouro comum, destinado a contrabalançar as prodigalidades e as versatilidades do dia, já sobejamente aquinhoadas num mundo tão profundamente trabalhado pelo espírito de inquietação e mobilidade. (...) A codificação satisfaz a este profundo impulso da natureza humana: cada época pretende durar além das fronteiras que lhe são traçadas pela natureza e pela história. Este, o instinto que ainda mantém no mundo a vida humana, a sua dignidade e a sua grandeza (CAMPOS, 1941, p. 216).

A opção de manter o crime político fora do código poderia lembrar o modelo italiano do século XIX de relação entre regra (código) e exceção (leis especiais). O código Zanardelli de 1890 foi o resultado de três décadas de debates que levaram muito em consideração a lição iluminista de transformar o direito de punir em instrumento à serviço da liberdade individual. Para salvar o código das inflexões oriundas das necessidades de defesa do Estado, as orientações ideológicas da legalidade de exceção não eram recepcionadas no interior do código, mas mantinham-se ao redor dele. Já o modelo francês napoleônico, na pretensão de superar o modelo da Revolução Francesa, transformou o código penal em um “pacto de guerra”, o que abriu caminho para a incorporação da legalidade de emergência no próprio código, praticamente um *code progressif* (MECCARELLI, 2009; SOLIMANO, 2009). Porém, a diferença entre os contextos denuncia a distância que separa o modelo italiano do século XIX da opção estadonovista brasileira. Embora se tratasse de salvar a imagem de estabilidade do código, já não entrava em jogo salvar os conteúdos de memória iluminista. Uma opção tão estratégica que talvez possamos falar,

inversamente, em salvamento do sistema das leis especiais (e não única e exclusivamente salvamento do código), pois o objetivo era garantir a eficácia da repressão do crime político, que, enquadrado na armadura sistemática de um código correria o risco de ficar demasiado engessado, atrapalhando as pulsões repressoras do governo autoritário de Vargas.

O argumento de Hungria e a opção da comissão revisora pelos crimes políticos fora do código eram ainda menos carrarianos também porque já não se tratava tanto de manter a diferenciação dos registros da repressão e da prevenção (MECCARELLI, 2008). Com as medidas de segurança codificadas ao lado das penas em sentido estrito já se falava em articulação entre essas duas dimensões, onde a palavra de ordem, em verdade, era a fórmula unificante “defesa social” (cujas raízes mais imediatas deitam no positivismo criminológico), não por acaso portadora de uma grande carga anti-liberal e anti-iluminista, recepcionada (com as arestas devidamente reparadas, é verdade) pelo tecnicismo jurídico-penal hungriano.

Mas é possível ir ainda um pouco mais adiante e reler a famosa passagem da Exposição de Motivos segundo a qual o “(...) o projeto não reza em cartilhas ortodoxas, nem assume compromissos irretratáveis ou incondicionais com qualquer das escolas (...)” (CAMPOS, 1940, p. 212), até hoje abordada somente para tentar decifrar quais teriam sido as influências das idéias penais sobre o texto legislativo. Esse hibridismo é compreensível a partir do momento em que se tem em conta que, nesse momento histórico, o código é visto como resposta às demandas contingentes de defesa social, fruto de uma época (apesar das suas pretensões de duração), de forma que qualquer rigorismo que pudesse desinstrumentalizar o Estado em suas pretensões de controle deveria ser excluído. Nas palavras de Nelson Hungria, era preciso substituir “(...) um direito penal *abstratamente* justo por um direito penal *eficaz*” (HUNGRIA, 1940a, p. 160. Grifos do autor). Essa distinção, então, entre a *justiça* e a *eficácia*, e a opção de fundo pela segunda, aproximava as temporalidades dos códigos e das leis especiais, apesar do discurso sobre a estabilidade do ministro Francisco Campos. Dessa forma, não deve surpreender que, logo após a promulgação do código penal de 1890, já houvesse projetos de recodificação, assim como o código penal de 1940 já na década de 1960 era objeto de um projeto de reforma geral levado a cabo pelo próprio Nelson Hungria.

O crime político configurava, portanto, uma das principais margens do código. No outro extremo, encontramos as contravenções.

O argumento para manter as contravenções fora do código era basicamente o mesmo em relação aos crimes políticos. Nas palavras do ministro Francisco Campos,

pelos mesmos motivos [que fizeram os crimes políticos permanecerem fora do código] as contravenções não serão objeto do Código, pois a frequência com que novas figuras contravencionais são estabelecidas pelas leis especiais tornaria sempre incompleto o quadro das previstas pelo Código. (...) A lei deve durar, e um código ganha sempre, em eficiência e prestígio, com a estabilidade do seu texto (CAMPOS, [1939] 2001, p. 144).

Na exposição de motivos do código penal, um dos primeiros pontos abordados é exatamente o das contravenções. A matéria das contravenções seria demasiado “miúda” e contingente, pouco adequada a um código que deveria aspirar a durações mais longas (CAMPOS, 1940, p. 210-1). Embora não seja um tema tão delicado quanto os crimes políticos, a argumentação é igualmente estratégica: em nome da maior eficácia da repressão penal com a flexibilidade que tal escopo demandava, mas, ao mesmo tempo, salvaguardando a imagem de estabilidade que o código trazia consigo. Ainda em analogia com o crime político, a erosão da preocupação com a diferenciação entre os registros da repressão e da prevenção são visíveis no uso de um critério meramente pragmático para diferenciar crimes e contravenções. O art. 1 da Lei de Introdução ao Código Penal (decreto-lei n. 3914 de 9/12/1941) consagrava a distinção com base no tipo de pena e a exposição de motivos do código penal afirmava que não existe “diversidade ontológica entre crime e contravenção” (CAMPOS, 1940, p. 211).

Invocando a “realidade legislativa”, Hungria sentenciava:

Se não se quer abstrair a realidade legislativa impõe-se a rejeição das várias teorias que, fora desse critério formal, têm sido excogitadas para a diferenciação conceitual entre crime e contravenção. Se uma ou outra poderia ser aceita

de um ponto de vista ideal, todas colidem com o direito positivo (HUNGRIA, [1948] 1978, p. 39-40).

Mesmo com o argumento da legislação em vigor, Hungria não deixa de justificar, também, a própria opção do direito positivo. Replicando aqueles que consideram as contravenções, em ultima instância, violação de uma simples norma estatal (e não do direito natural ou de um bem jurídico particularmente relevante), Hungria afirma que o Estado não tem um direito à obediência pela obediência. Um argumento bastante liberal, mas, no reverso do quadro, encontramos a demasiado geral “segurança social ou individual”, isto é, uma fórmula de onde é difícil extrair, nessas pinceladas rápidas de Hungria, limites efetivos para o legislador. Por fim, Hungria invoca a União Internacional de Direito Penal que, algumas décadas antes, já aconselhava que o critério de distinção entre contravenções e crimes deveria ser deixado, pragmaticamente, ao arbítrio do legislador (HUNGRIA, [1948] 1978, p. 42).

Por fim, é possível completar o desenho desse quadro com a observação de Salvatore Senese segundo a qual com as inflexões que a cultura jurídica sofre a partir, aproximadamente, da Primeira Guerra Mundial, apesar da resistência da idéia de código,

o direito não se exprime mais essencialmente nos códigos. Colocam-se ao lado deles, em numero cada vez maior, textos normativos autônomos, leis particulares ou especiais, certamente não desconhecidas na época precedente mas muito menos significativas e, sobretudo, sentidas mais do que como leis especiais, como leis de exceção. A partir de então, ao contrario, o código começa a tornar-se progressivamente a tornar-se o direito comum a partir do qual partem normativas especiais (SENESE, 2002, p. 80)³⁵.

³⁵ No original, em italiano: “il diritto non si esprime più essenzialmente nei codici. A questi si affiancano, via via sempre più numerosi, testi normativi autonomi, leggi particolari o speciali, non certo ignote nell’epoca precedente ma assai meno significative e, soprattutto, sentite, più

Apesar da relativização da diferença entre as leis especiais e o código, apesar da importância alcançada pelos subsistemas exteriores ao código, apesar do maior vínculo com as contingências históricas que a noção de defesa social trazia consigo, a lógica de salvaguardar o código implicava a adoção da estratégia de criar subsistemas externos, evitando a interferência no texto codificado. Nesse sentido, o discurso citado de Francisco Campos sobre a estabilidade do código, apesar de simplificador e parcialmente retórico, não era completamente sem efeito. Se, talvez, estamos diante do “ovo da serpente”, ainda não é possível falar em inflação legislativa, o fenômeno que, atualmente, tem assombrado vários ordenamentos penais nacionais. A inflação legislativa atual, se quisermos uma formulação retoricamente forte, é uma derivação patológica de uma tendência que, mesmo não patológica, já foi funcional a projetos autoritários. Para a infelicidade dos penalistas e professores de direito penal (mesmo os mais dogmáticos e tradicionais), as leis penais que emanam quase diariamente do Parlamento brasileiro fazem pouco caso, inclusive, da sistemática do código, agregando aos comuns equívocos e orientações autoritárias de política criminal, delicados problemas de interpretação.

* * *

Como explica Wolfgang Iser, o leitor pressuposto de um texto tem suas raízes no próprio texto e não se identifica completamente com nenhum leitor real (ISER, 1987, p. 73). Ainda segundo Iser, “o leitor pressuposto representa um conceito de reconstrução, descobrindo as disposições históricas do público que lê e que o autor vislumbrou.” (ISER, 1987, p. 73)³⁶ Sem entrar nas refinadas discussões da crítica literária acerca das diversas concepções de leitor, basta reter, ainda, que “existe reciprocidade entre a forma da apresentação e o tipo de leitor

che come leggi speciali, come leggi eccezionali. Ora, invece, il codice si avvia progressivamente a diventare il diritto comune dal quale si dipartono normative speciali”.

³⁶ Na versão consultada, em italiano: “Il lettore supposto rappresenta un concetto di ricostruzione, scoprendo le disposizioni storiche del pubblico che legge e che l'autore ha preso in mira”.

pressuposto” (ISER, 1987, p. 72)³⁷. O procedimento de escrita analisado até aqui e o tipo de texto que dele resultou, com a Parte Geral extensa, a ampla tessitura de definições no seio da então quase falsa opção entre um código-comando ou código-tratado, já indicam suficientemente a importância do especialista como “leitor pressuposto” do texto legal, independentemente da questão dos destinatários do comando da norma penal.

Tomando como ponto de referência os juristas-doutrinadores entre os especialistas imaginados como leitores do texto do código, é possível identificar ainda melhor as características e competências atribuídas a esse processo de leitura do texto legal. Por vias, talvez, um pouco marginais aportamos em mais um tema clássico: a elaboração do tecnicismo jurídico-penal, pois ele colocava em primeiro plano a relação do texto legal com o papel do penalista e da ciência jurídico-penal. Como destinatários, os juristas deveriam ter características peculiares para que estivessem à altura do grau de tecnicização galgado pelo novo código penal. Segundo Nelson Hungria,

no Brasil, onde o estudo do direito penal tem sido tão descuidado, ensejando-se a difusão de idéias superficiais e gráudos equívocos, precisamos, agora que o advento do novo Código veio trazer oportunidade e estímulo para uma revisão geral de conhecimentos, traçar de uma vez por todas, a linha de fronteira ou de circunvalação da ciência jurídico-penal. (HUNGRIA, 1942, p. 14)

Se o novo código deveria estimular as mudanças necessárias na ciência do direito penal, é possível relembrar mais uma vez a teoria dos críticos literários e semiólogos: se o leitor de um texto, por um lado, é pressuposto, ao mesmo tempo o texto é capaz, também, de instituir competências (ECO, 1979, p. 56).

³⁷ Na versão consultada, em italiano: “c’è reciprocità tra la forma della presentazione e il tipo del lettore supposto”.

3 “FETICHISMO DAS TABOAS”: O PENALISTA E A LEI

“Os juristas puros são escafandristas do vazio”

Roberto Lyra

A especificidade histórica da idéia de código subjacente à reforma penal de 1940 se completa com a elaboração do destinatário imaginado para aquele texto. Como objeto técnico, ele se destina, na verdade, enquanto texto, aos próprios juristas, uma comunidade de especialistas. É o tecnicismo jurídico que levará essa especialização ao seu mais alto grau, construindo a identidade do penalista plenamente calcada na leitura do código, que definiria o que deveria ser um jurista, distinguindo-o, também, de todas as outras figuras, como o médico, que ainda se misturava na figura do criminólogo positivista. A radicalização, portanto, da definição do destinatário como uma comunidade de especialistas se dá justamente porque o tecnicismo procura “purificar” a identidade do penalista de tudo aquilo que não fosse plenamente jurídico. Nessa construção é o código, o texto legislativo, que é colocado no centro da elaboração identitária.

No momento em que se discutia a reforma penal, se estava passando, exatamente, pelo processo de recepção do tecnicismo jurídico-penal no Brasil. Tecnicismo cujas matrizes remontam ao final do século XIX na Alemanha (ANDRADE, 2003, p. 169 e seg.; 2008, p. 2 e p. 5-6), e que chegam ao Brasil, principalmente, por via de penalistas italianos como Arturo Rocco. Um ponto crucial para o tecnicismo é fazer da lei positiva estatal o objeto de estudo exclusivo da ciência do direito penal em sentido estrito. Segundo Nelson Hungria, “[...] o tecnicismo jurídico-penal é o estudo sistemático, a exposição rigorosamente técnica do direito penal deduzido da legislação do Estado” (HUNGRIA, 1940b, p. 57), e o que pretendo levantar, então, é que essa transformação propugnada por essa corrente teórica não é somente epistemológica no sentido de tocar tão só os métodos e objetos do que se imaginava ser a ciência jurídico-penal, mas que estas transformações atravessam a figura e o papel do penalista enquanto destinatários do código e das leis penais positivas de um modo geral. Essas transformações serão tomadas, portanto, como parte do processo de construção da imagem ideal dos leitores do código.

3.1 Os juristas (e os outros)

A construção da imagem ideal dos leitores do código na visão tecnicista como a de Nelson Hungria tendia a se opor ao positivismo criminológico, pois, embora os positivistas já compartilhassem da idéia de um código como objeto técnico, eles ainda não se pensavam como juristas “purificados”, isto é, tecnicizados. O tecnicismo é que articulará a noção de código como objeto técnico com um auditório imaginado juridicamente tecnicizado, isto é, em que os destinatários do texto legislativo seriam especialistas em sentido exclusivamente “jurídico”. Um jurídico que se opunha, na verdade, à identidade alargada do penalista propugnada pelo positivismo criminológico, onde o jurista é, necessariamente, um pouco médico, sociólogo, psicólogo, e onde a ciência do direito penal, a política criminal, a criminologia, na verdade, se integrariam em uma grande sociologia criminal (FERRI, 1928). Ou seja, o penalista deveria conhecer o crime como fato biosociológico, para além das leis em vigor, de modo que ele pudesse estar devidamente instrumentalizado para colaborar na adequação das instituições penais aos ditames de uma efetiva defesa social, de modo que o seu discurso se articularia ora com os atores da arquitetura das políticas criminais estatais, ora com os magistrados, ou até mesmo como simples parte da opinião pública como voz especializada.

A cruzada tecnicista contra essa interdisciplinaridade, então, não é somente uma questão epistemológica, mas um embate muito mais largo, e a separação daquilo que seria o âmbito estritamente jurídico, na verdade, se reveste de uma disputa de campos profissionais. O historiador Carlos Antonio Costa Ribeiro Filho sublinhou justamente que o pensamento de um positivista como Nina Rodrigues “[...] não estava desvinculado de um processo político que procurava aumentar o leque de atuação dos médicos legistas no campo médico-legal brasileiro [...]” (RIBEIRO FILHO, 1994, p. 140). Porém, Ribeiro Filho, ao considerar o código penal de 1940 uma vitória positivista (RIBEIRO FILHO, 1994, p. 141), não atentou suficientemente para o fato que, embora o autor do anteprojeto, Alcântara Machado, fosse um positivista, três dos quatro membros da comissão revisora eram tecnicistas (a exceção era Roberto Lyra), com o reforço tecnicista do ministro Francisco Campos e de Antônio José da Costa e Silva, que colaborava também com os trabalhos. Vale lembrar também que a medida de

segurança, que é considerada o maior monumento positivista no Código Penal de 1940, foi codificada de maneira mitigada, isto é, colocada como complemento da pena ou um sub-rogado dela (quando aplicada aos irresponsáveis), mas não como um mecanismo substitutivo, como na ótica estritamente positivista em que as penas tenderiam a ser substituídas por medidas de segurança, além de vincular a aplicação da medida de segurança à prática anterior de fato previsto como crime (e não autonomamente como entre os positivistas), sendo a situação inversa uma excepcionalidade (HUNGRIA, 1944, p. 425).

Trata-se de uma perspectiva que pode ser considerada legitimamente como uma espécie de “desmedicalização do crime”, para inverter a metáfora de Pierre Darmon (1991) utilizada para qualificar a tradição positivista lombrosiana. Uma visão de crime e pena que provinha da própria identidade purificada do penalista como jurista, e que, portanto, não podia aceitar as “intromissões” indevidas de figuras estranhas ao estritamente “jurídico” como os médicos, inclusive no processo criminal, onde os seus laudos deveriam, em primeiro lugar, estar subordinados aos dogmas jurídicos (LIMA, 1944, p. 479), e onde a palavra final deveria estar com o magistrado como voz jurídica, sendo a excessiva subordinação destes aos laudos vista como um erro (LIMA, 1944, p. 475), embora nesse ponto, é bem verdade, a prática tenha sido bastante resistente à teoria. Na síntese de Nelson Hungria, “[...] o autêntico direito penal só pelo *jurista* deve ser estudado; não é tema próprio do *sociólogo*” (HUNGRIA, 1940b, p. 57).

3.2 A retórica, o debate das escolas, a dogmática

O influxo do tecnicismo na ciência do direito penal trazia consigo, também, a ênfase na necessidade de um discurso jurídico desvinculado dos arroubos oratórios dos tribunais. Uma dinâmica da ciência do direito que se sustentou, em parte, nas mesmas condições de possibilidade do cientificismo positivista na academia. É no final do século XIX que as faculdades jurídicas no Brasil passam a sustentar revistas acadêmicas, e, no início do séc. XX proliferam as revistas jurídicas especializadas, com especial destaque, no eixo Rio-São Paulo, à Revista Forense (1904) e à Revista dos Tribunais (1912). Constitui-se, assim, toda uma cultura escrita, outrora muito precária, para sustentar o cientificismo positivista que se colocava contra a centralidade da figura

do advogado no ensino jurídico, que atraía as práticas acadêmicas para o ensino da oratória, da poesia, etc³⁸. Apesar de se aproveitar de vários dos suportes materiais do cientificismo positivista, o tecnicismo, em verdade, está ligado àquilo que poderíamos chamar – a título de hipótese preliminar a ser melhor verificada em ulteriores pesquisas - de uma cultura jurídica acadêmica “neoforense”, onde as práticas de ensino já não se direcionariam mais para os êxitos oratórios dos advogados, nem tampouco para o estudo científico de temas jurídicos, para além dos tribunais. Na cultura acadêmico-jurídica neoforense a figura central passa a ser o juiz, que encerraria da maneira mais perfeita o trabalho do jurista. Por isso, o trabalho acadêmico desloca-se para a atividade decisional dos tribunais. Não é à toa que os nomes das duas revistas mais importantes no Brasil dessa época sejam Revista *dos Tribunais* e Revista *Forense*, que, além dos artigos acadêmicos, trazem sempre repertórios de jurisprudência, isto é, as decisões dos principais tribunais, e não necessariamente o caso ou a descrição da contenda e do embate judicial, bem como anexos de legislação, para que os juristas pudessem acompanhar a produção normativa do Parlamento a fim de não se furtar da aplicação e análise dessas leis. Uma cultura acadêmica, em suma, onde o processo decisional dos tribunais, os códigos e as leis estão na ordem do dia.

A propósito de Nelson Hungria, em sendo tecnicista, foi ele quem desenvolveu, no Brasil, da maneira mais coerente a identidade técnica do penalista, tendo procurado deixar bem clara a importância dessa atitude quando o jurista se acercasse desse artefato eminentemente técnico que era o código penal de 1940. Uma abordagem que, embora tenha se tornada hegemônica em um saber jurídico mais tradicional, como documenta a permanência de vários dos seus traços ainda hoje, na época de Nelson Hungria, esteve em envolvida em agudas disputas simbólicas, já que se tratava de pontos cruciais que tocavam na própria identidade do penalista. Um dos contendores mais famosos de Hungria foi justamente um dos membros da comissão revisora do Código Penal de 1940, Roberto Lyra, embora a oposição entre eles não tenha sido tão simétrica e completa quanto alguns já aventaram, o que teria impedido,

³⁸ Cf. PETIT, 2000 e, para o caso brasileiro, FONSECA, 2006.

em última instância, que os dois tivessem trabalhado juntos na referida comissão.

3.2.1 A exegese, o sistema

Na concepção de Nelson Hungria, um bom código era aquele que estivesse conectado às novas tendências internacionais da política criminal, ao mesmo tempo adaptado à dita “realidade nacional”, e escrito numa técnica de escritura legislativa clara, límpida e precisa. Foi justamente isso que Hungria tratou de mostrar ao defender o código das críticas que o assolavam logo depois da sua entrada em vigência. Para ele, o processo que se iniciou com o projeto Sá Pereira (cuja promulgação iminente fora interrompida pelo golpe de 37), passando pelo anteprojeto Alcântara Machado de 38, até às modificações empreendidas pela comissão revisora, caminhara na direção de modernizar a legislação brasileira de acordo com a “realidade nacional”.

Mas, para Hungria, não bastava um bom código. De resto, enquanto obra humana, um código nunca estaria livre de falhas. Nesse ponto, na conferência “Evolução do Direito Penal Brasileiro”, a defesa do código cessa nesses termos bastante gerais, e não desce às minúcias técnicas. A questão é que, mesmo ante as falhas, segundo ele, a atitude de muitos dos críticos do código seria inadequada. O que estava em jogo, então, para além da perfeição técnica da codificação, era uma determinada atitude dos penalistas perante as normas positivadas. Mais do que somente o comprometimento do jurista com o “controle social”, na forma do combate à “criminalidade”, para Hungria, o jurista haveria que se comprometer também, e antes de mais nada, com a plena eficácia do código em sede judiciária. Código compreendido, certamente, em sua articulação com a repressão penal, como “direito repressivo”. Como artefato destinado aos juristas, o código demandaria uma atitude específica ante o seu texto, a fim de garantir-lhe o bom uso.

Se o positivismo criminológico estava comprometido, é bem verdade, com a defesa social, a crítica que Nelson Hungria vai lhes lançar se refere especificamente a um certo desleixo com a eficácia das normas penais. Pois, segundo ele, muitas vezes, os debates entre as escolas poderiam fazer os tribunais aceitarem orientações político-criminais não positivadas. Atitude que Hungria considerava um grave perigo, de maneira que o debate das escolas penais seria qualificado por

ele como um “gênero patético” sem fundamento. Pois, “[...] embora sem autorização legal, mas sob o pretexto de deplorável atraso da nossa lei escrita, livremente circulava nos recintos do tribunal dos jurados” (HUNGRIA, 1943, p. 13). Esse argumento contra a infiltração de idéias não-positivadas na prática dos tribunais, talvez seja, também, uma resposta a algumas posições, tal como a de Roberto Lyra, que viam com bons olhos essas “atualizações jurisprudenciais” do direito penal, o que era, para Lyra, um sinal de que a magistratura brasileira estaria à altura do novo código, já que ela conseguira, mesmo antes do novo diploma legal, “infiltrar, nos textos rígidos o novo pensamento criminológico, suprimindo com a elaboração doutrinária, os seus impávidos anacronismos” (LYRA, 1940, p. 17). O perigo, para Hungria, é que as discussões “para-legais” das escolas penais exacerbem as críticas ao direito penal vigente, no fim das contas prestando um desserviço à causa do combate à criminalidade. Tratava-se, então, de fazer com que o saber jurídico-penal operasse efetivamente em favor da eficácia das normas penais em sede judiciária, a fim de garantir o funcionamento mais perfeito possível do sistema de repressão penal.

No âmbito do saber jurídico-penal, então, essa demanda pelo bom uso do código reclamaria uma remodelação no discurso do direito penal. Segundo Nelson Hungria, a melhor maneira de a ciência jurídico-penal colaborar com a efetiva aplicação das leis penais nos tribunais seria ela se dedicar a exposições sistemáticas dos conteúdos do código. Uma abordagem que o reconstruísse no complexo do ordenamento jurídico-penal como um todo harmônico orientado para a adequada aplicação judicial dos preceitos do direito penal vigente. Interessante notar, a esse respeito, que, nesse momento, a reconstrução dogmática do ordenamento paralela ao código - que coloca o jurista numa posição muito privilegiada na constituição do campo jurídico, mas sem se opor necessariamente ao poder do Estado na criação do Direito - aparece dessa vez articulada ao código através da delimitação da lei positiva estatal como objeto exclusivo da ciência penal e da concepção da função sistematizadora da doutrina como forma de colaborar com os magistrados na aplicação judicial das leis. Ou seja, essa atividade do jurista acadêmico aparece como um momento imprescindível para uma adequada aplicação judicial das leis, e não como risco à efetivação do comando soberano e à segurança jurídica.

O jurista-doutrinador, nestas condições, é um elemento de mediação praticamente indispensável para a prática jurídica (nos tribunais), já que a lei pela lei torna-se cada vez mais ininteligível diretamente, pois todo o ordenamento que a cerca atravessa-lhe de sentidos os mais disparatados dependendo da situação – nós que só o jurista-doutrinador é capaz de reatar -, mas, ao mesmo tempo, o saber jurídico-penal tende a identificar-se com a ordem jurídica positivada. Uma articulação bastante singular, difícil de pensar até mesmo para a cultura do código do séc. XIX com as suas mitologias codicísticas. Mesmo com a escola da exegese, que advogava uma abordagem que limitava o trabalho do jurista a simples interpretação das normas, sem muita preocupação com uma resistemização do ordenamento jurídico, já que esse sistema já seria dado e suficiente pelo próprio código, autores importantes, como o penalista Francesco Carrara (1897), rechaçavam a escola exegética justamente por identificar o discurso do jurista-doutrinador com os textos legais. Nesse ponto, vale a pena fazer uma comparação entre Nelson Hungria e Carrara. Tanto Carrara quanto Hungria lançam críticas aos meros exegetas das leis. Porém, ao abordar o que é um discurso sistematizante na relação do jurista com o(s) código(s) positivado(s), os caminhos trilhados são perfeitamente divergentes.

Francesco Carrara, quando escreve o seu *Programma del corso di diritto criminale*, está cercado de uma miríade de ordenamentos jurídicos autônomos que povoam o território italiano anterior à unificação. Legislações que, segundo Mario Sbriccoli (1990), mal conseguiam esconder o seu papel de braço repressor de tiranetes efêmeros e com baixa legitimidade. É nesse contexto que Carrara, em seu *prolegomeni* ao *Programma* (1897), trata da questão da relação do saber do penalista com códigos penais específicos, positivados, quando fala dos traços gerais de suas idéias e do que ele considera o papel da ciência penal. Para Carrara, o compromisso do penalista não é com códigos positivos determinados, mas sim com o Código, que seriam os preceitos de direito natural, para onde o jurista deveria ascender através da razão. O papel sistematizador da ciência do direito penal em Carrara se localiza, portanto, num plano meta-positivo – ainda que seja justamente através desse plano meta-positivo que o penalista conseguiria exercer o seu papel cívico fundamental -, e essência última da ciência do direito penal: servir de freio para os abusos do poder. E,

nesse sentido, em Carrara, o papel avaliador do penalista em relação aos códigos positivamente instituídos faz parte do coração da própria ciência do direito penal, sendo que, muitas vezes, dirige a palavra ao legislador - fato muito mais raro num texto tecnicista, exceto nas avaliações de reformas penais em andamento que constituem uma literatura jurídica quase à parte, geralmente hospedadas pelas revistas especializadas. Isso tudo para dizer que, ao contrário do tecnicismo, a função sistematizante do discurso jurídico em Carrara não tende a se identificar com nenhum ordenamento jurídico positivo, mas, ao contrário, colabora na manutenção da tensão diferenciante entre o texto legal e o texto do jurista-doutrinador. Embora, é evidente, apesar da não-identificação com nenhum código específico como palavra de ordem do trabalho do penalista, as idéias penais de um Carrara refletem uma determinada concepção de ordem social, onde é possível perscrutar inflexões de classe. Já com o tecnicismo de Nelson Hungria, a função sistematizante do saber-jurídico penal aparece como uma espécie de costura interna do ordenamento positivo. O fio através do qual ele ganha sentido e torna-se melhor aplicável. Ou seja, ele tende a ser mais “interno” do que no modelo de Carrara, que é “meta-positivo”. E, ainda, o mecanismo através do qual o tecnicismo de um Nelson Hungria torna-se um discurso que se articula com o ordenamento positivo, mais do que simplesmente uma tessitura que atravessa as leis positivas, é a exigência de que todo o saber jurídico-penal seja funcional ao aumento da eficácia judicial das normas positivas.

Ao avaliar a bibliografia jurídico-penal anterior a ele, Hungria afirmava justamente que ela seria e teria sido incapaz de descrever o direito penal vigente como um todo orgânico e sistemático. Para Nelson Hungria, não passariam de meros “anotadores” do código, uma “pequena série de guias turísticos” (HUNGRIA, 1940c, p. 173). São basicamente três os autores que Hungria apontava como responsáveis pela transformação positiva que estaria passando a ciência do direito penal no Brasil: Evaristo de Moraes, Galdino Siqueira e Antônio José da Costa e Silva. Evaristo de Moraes, como grande rábula do júri que era, é um caso particular e a avaliação de Hungria a respeito dele será referenciada no próximo capítulo. Sobre Galdino Siqueira, a publicação em 1921 do “Direito Penal Brasileiro” teria sido, para Hungria, um acontecimento notável, pois oferecia finalmente

(...) uma exposição clara e reconstrutiva do nosso direito penal positivo, interpretado dentro do raciocínio lógico-jurídico (...). Através do livro de Galdino, o código de 1890, que tão injustamente fôra chamado ‘o pior Cód. Penal do mundo’, aparecia-nos sob aspectos novos, rehabilitado de muitas acusações (...), reintegrado no verdadeiro sentido dos seus dispositivos cientificamente reajustado ao seu sistema orgânico e habilmente remoçado por uma exegese adaptativa (HUNGRIA, 1943, p. 14)³⁹.

Costa e Silva, por sua vez, seria o ponto culminante dessa nova cultura jurídico-penal. Interessante notar a importância atribuída à atitude em relação ao texto legal quando Nelson Hungria descreve o trabalho de Costa e Silva: “comentando o direito penal brasileiro, não fazia caso omisso do seu texto. [...] Seus livros encerram a mais perfeita construção técnico-jurídica do nosso verdadeiro jus positum em matéria penal” (HUNGRIA, [1945] 1977, p. 300. Grifo meu). Ao sublinhar essa importância de considerar o texto legal, Hungria está procurando evidenciar a distância que haveria entre Costa e Silva e a velha cultura jurídico-penal. Distância, por um lado, do debate entre as escolas penais que teria afastado os penalistas do código penal em si, de outro, dos advogados do júri, que com sua prática procuravam convencer o júri para além, ou mesmo apesar dos dispositivos legais. Para Hungria, o mestre realizara “[...] o mais perfeito trabalho de sistematização e doutrinação do nosso direito penal legislado. Alheando-se radicalmente à estéril e anacrônica polêmica das escolas” (HUNGRIA, [1945] 1977, p. 301. Grifo meu). Mais tarde, Aníbal Bruno vai criticar as más consequências dessa postura tecnicista no estudo do direito penal, apontando que “geralmente se omite hoje nos tratados e manuais da nossa matéria o estudo das escolas”. Mas, segundo ele, “[...] tem ele [o

³⁹ Em 1940, Nelson Hungria já havia feito o elogio do livro “Direito penal brasileiro” de Galdino Siqueira, considerando-o a “revelação” da verdadeira dogmática jurídico-penal para a cultura jurídica brasileira (HUNGRIA, 1940c, p. 173). Apesar dessa admiração, em um artigo de 1941, ao responder a algumas críticas lançadas por Galdino Siqueira contra o código recém promulgado, Nelson Hungria acusou o mestre de ter exacerbado o olhar crítico, muitas vezes se equivocando e operando críticas “por amor de si mesma” (HUNGRIA, [1941] 1945, p. 41). A importância de uma acusação feita nesses termos ficará mais clara ao longo do capítulo.

estudo das escolas] seu lugar necessário na introdução à sistemática penal.” Porém, em última instância, agora se colocando de acordo com as posições de Hungria, “é claro que os debates das escolas não penetram na dogmática” (BRUNO, [1956] 1978, p. 92), pois o objeto da ciência penal, em substância, seria o sistema fixado nas leis vigentes.

3.2.2 A crítica

Considerando a complexidade do processo de construir um novo código, a certeza da necessidade dessa tarefa só poderia estar fundada na convicção de que o diploma penal anterior possuía graves e insanáveis falhas. E de fato, Hungria dedicou-se a mostrar os problemas do 1º código republicano, como no texto intitulado “O Direito Penal no Estado Novo” (1941), acusando o velho código penal de ter uma orientação demasiado liberal e pouco adequado às novas exigências de defesa social. Equívocos de um liberalismo que o Estado Novo viria corrigir com a nova codificação. Aliás, muito provavelmente baseado nesse texto é que Jimenez de Asúa vai dizer que o colega brasileiro era um “classicista autoritário”, já que “suas teses dogmáticas, enquadradas politicamente em idéias que levam a elogiar o ‘Estado Novo’, são defendidas por ele com grande vivacidade” (ASUA, 1950, p. 1072)⁴⁰⁴¹. Na já referida conferência de 1942, Nelson Hungria afirmou que “o nosso primeiro Código Penal republicano não era tão atrasado e defeituoso como se assoalhava” (HUNGRIA, 1943, p. 14), deslocando a discussão para a maneira como aquela cultura jurídico-penal se portava perante o código. Os problemas do ordenamento penal da Primeira República estariam mais, assim, na inépcia de uma cultura jurídico-penal que, ao invés de zelar pelo bom uso do código, se dedicava à crítica desvairada das leis positivadas, isto é, sem antes se dedicar ao estudo minucioso e sistemático do ordenamento penal.

Mostrando a propósito qual deveria ser a atitude adequada em relação ao novo código recém publicado, em oposição ao afã da crítica, Hungria invoca uma série de conferências cuja finalidade seria

⁴⁰ No original, em espanhol: “[...] sus tesis dogmáticas, encuadradas politicamente en ideas que le llevan a elogiar el ‘Estado Novo’, se defienden por él con harta viveza [...]”.

⁴¹ A resposta de Hungria a essa afirmação de Asua encontra-se em: HUNGRIA, [1948] 1977, p. 41.

justamente aquela de colaborar com a eficácia das normas positivadas em sede judiciária. Dirigindo-se, assim, especialmente aos juízes, que teriam, naturalmente, alguma dificuldade em lidar com os novos institutos.

O que agora nos cumpre, a todos quantos pugnamos pelo ritmo do direito na vida nacional, é prestigiá-lo [o código], para que fique assegurada a sua plena eficiência finalística. E isto mesmo já compreendeu São Paulo, o atento vanguardeiro da Federação, que, no louvável propósito de evangelização e uniformidade de exegese do novo estatuto penal, fez realizar, em 1941, por seus juristas e professores, uma esplendida série de conferências (HUNGRIA, 1943, p. 20).

A postura que Hungria condenava era, então, a de uma doutrina e de uma jurisprudência que levariam a cabo uma “crítica intolerante e subversiva, tão do gosto dos que levam pouca munição de ciência nos alforjes”, ao invés de operar uma “[...] interpretação orientada no sentido de uma possível correção de equívocos e falhas [...]” (HUNGRIA, 1943, p. 14). Esse argumento de Nelson Hungria é importante, pois toca no lugar atribuído à “crítica” no saber jurídico. A eficácia das normas positivadas passa a ser um problema fundamental, isto é, que indica o próprio papel atribuído ao penalista. E se existissem falhas nas orientações político-criminais do código em questão, o grande desafio seria evitar que essas críticas, apesar de tudo, perturbassem a eficácia dos preceitos do código. Ou seja, a “crítica” é realocada na ordem do discurso penal. Nesse ponto, Nelson Hungria retoma, na verdade, um tópico já levantado pelo tecnicismo jurídico-penal italiano, que também atribuía à tradição anterior o defeito de “hipercriticismo” que colocaria em risco o edifício do direito constituído⁴². Para que a integridade do

⁴² Segundo o tecnicista italiano Arturo Rocco, os juristas abandonavam-se a uma “sfrenata volontà della critica legislativa e della riforma delle leggi penali vigenti, a una critica che, nelle sue snodate tendenze riformatrici, non trova, bene spesso, confini, che disconosce talora la legge, prima ancor di conoscerla, e che mira a scrollare dalle fondamenta quase tutto l’edificio del diritto costituito. Sempre è una trascuranza, un disprezzo, che cela talvolta un’evidente

direito positivo e a eficácia das normas restassem garantidas, a noção de crítica passa a ser vinculada a defeitos técnicos ou de orientação político-criminal em preceitos particulares de códigos penais determinados, e não uma atitude metodológica que permeava todo o saber jurídico por ele ser fundamental para o desenvolvimento da civilização, como no século XIX (SBRICCOLI, 1990).

A própria delimitação do objeto do saber propriamente jurídico, na esteira do tecnicismo jurídico, também tinha como um dos seus escopos redesenhar o lugar da crítica nas ciências penais. Para Nelson Hungria, a filosofia penal e a política criminal deveriam se limitar à “explicação ou justificação dos fundamentos e critérios éticos ou políticos do direito penal vigente”. Do contrário, elas traduziriam somente “críticas radicais ou propostas de reforma do *jus positum*, e passam a ser teorias extrajurídicas, devaneios filosóficos ou meras sugestões ao legislador” (HUNGRIA, 1942, p. 8). Então, para se chegar à crítica, segundo o esquema da dogmática jurídico-penal que procurava se afirmar pela pena de Nelson Hungria, seria necessário passar por um caminho que não vinha sendo respeitado, constituído por duas fases anteriores. Primeiro, a da exegese das normas penais, depois, a da dogmática propriamente dita (o núcleo do novo discurso penal), que era o momento de sistematização e reconstrução harmônica do sistema, e, por último, a crítica. Uma política de escrita que, sob a aparente ingenuidade da fórmula “conhecer primeiro aquilo que se quer criticar”, na verdade tem um significado muito mais forte, relacionado a uma forma muito peculiar de vincular o trabalho do jurista à eficácia das normas positivas estatais, isto é, à colaboração com os aplicadores da lei: os magistrados.

Tanto era significativa essa mudança na ordem do discurso penal que o problema não passou despercebido para aqueles envolvidos nesse processo de recepção do tecnicismo jurídico-penal no Brasil.

incapacità, per la costruzione dogmatica degli istituti penali in base ai principi del diritto positivo vigente; [...] sempre è un lasciar da parte l'indagine delle ragioni di necessità sociale e di opportunità politica che stanno a base del diritto costituito: un tenersi fermi alla gretta e materiale esegesi della lettera della legge, ancor più meschina nel diritto penale, per i limiti segnati all'interpretazione di esso per saltar, poi, alla critica e alla riforma della legge medesima, quasi gioendo nella fretta di contraporre ad essa ciò che non potrebbe spesso tenerne luogo.” (ROCCO, 1910, p. 498).

Roberto Lyra, por exemplo, argumentava que essa forma de lidar com a atitude crítica acabaria por esvaziá-la, em função do lugar secundário que ela ocuparia no saber jurídico-penal, o que redundaria num verdadeiro “fetichismo das táboas”. Para Lyra,

quem parte dos textos em si, condena-se a irremediável abstração, por mais que procure objetivar, concretizar em torno do que há de menos objetivo e concreto: o apriorismo exegético e o formalismo dogmático. A própria crítica das leis vigentes é cerceada, ainda inconscientemente, pelo fetichismo das táboas, a que se emprestam imanências melindrosas (LYRA, 1946a, p. 58).

Por outro lado, Roberto Lyra não se contrapõe ao escopo prático do saber jurídico-penal propugnado por Nelson Hungria. A diferença é que, para Hungria, a dogmática-penal, ressalvados os excessos que serão apontados num artigo mais tardio intitulado “Os pandectistas do direito penal”, seria o tipo de discurso adequado para atingir este fim. Enquanto para Lyra havia uma diferença entre o método tecnicista e uma técnica do direito penal, sendo o primeiro tão só um conjunto de operações lógicas, e o segundo, para além da lógica, teria escopos eminentemente práticos. Dissertando sobre o método jurídico, Lyra explicava que “[...] não há conformidade entre método e técnica. Esta prescinde dos valores lógicos, visando a fim prático, aquele é conjunto de operações lógicas” (LYRA, 1946a, p. 57). Assim, o tecnicismo, segundo Roberto Lyra, em verdade, desarmaria o penalista na tarefa de realizar o escopo do direito penal, qual seja, o de regular as condutas anti-sociais, inclusive no que tange à execução da pena – lugar por excelência do positivismo criminológico -, que fora excluído pelo tecnicismo da esfera do direito penal para ficar no âmbito meramente administrativo (LYRA, 1946b, p. 382-3). Por fim, para Roberto Lyra, a distância que o tecnicismo acabaria por produzir ante as finalidades que ele próprio se propõe a dar conta seria intrínseco à estrutura da abordagem lógico-formal, enquanto para Hungria, esse problema não passava de um excesso contornável.

Em artigo publicado na Revista Forense de outubro de 1943, três meses depois do referido artigo de Nelson Hungria, Aníbal Bruno, penalista vinculado à faculdade de Direito do Recife, e, assim, de alguma forma tributário da tradição do embate entre as escolas penais,

denunciava que na Itália o código penal de 1930 teria suscitado uma verdadeira “idolatria à lei”, expurgando “do direito penal tudo aquilo que não fosse tecnicismo jurídico”, e que “movimento semelhante foi estimulado entre nós pelo aparecimento do novo Cód. Penal”, provavelmente se referindo ao artigo de Hungria na edição de julho da mesma revista. Sobre o lugar da crítica - em um livro posterior ao período da análise desta pesquisa, mas em coerência com essas observações do artigo de 1943 - Bruno concordava com a seqüência tecnicista (exegese – dogmática em sentido estrito – crítica), porém, limitá-la aos princípios da própria dogmática seria excessivo, de modo que o espaço para a investigação filosófica no âmbito do direito penal deveria ser resguardada:

Por fim, a crítica, que se deve inspirar, não só em princípios próprios da dogmática, mas ainda na política criminal e nas ciências causal explicativas do crime, considera os elementos do sistema positivo vigente em confronto com as novas exigências práticas e jurídico-científicas. É a crítica que impede o isolamento do Direito como coisa definitivamente concluída e o restaura na continuidade da evolução de que o Direito é apenas um momento transitório. (...) excluída toda investigação filosófica e a intromissão de qualquer disciplina estranha ao Direito Penal naquele sentido estrito, a crítica naturalmente se esteriliza numa dialética sem substância e supérflua (BRUNO, [1956] 1978, p. 41).

Por outro lado, agora de acordo com a orientação de Nelson Hungria, também para Aníbal Bruno era imperioso que a crítica não deformasse o Direito como ele realmente existe (BRUNO, [1956] 1978, p. 42, nota 19), e que não abalasse a eficácia e o prestígio do direito penal vigente, devendo se restringir a preparar reformas posteriores (BRUNO, [1956] 1978, p. 42). Da mesma forma que Hungria, Aníbal Bruno qualificava o discurso jurídico-penal da 1ª República como exegético e fragmentário, e apontava também que as críticas ao código penal de 1890 padeciam de excesso de severidade (BRUNO, [1956] 1978, p. 180).

3.2.3 A eficácia das normas

A dogmática jurídico-penal tecnicista seria, para Hungria, o oposto das chamadas “tendências românticas e emocionais”. À dogmática eram atribuídos os adjetivos de sobriedade e ponderação, traços que se oporiam seja à oratória típica dos advogados (como veremos no próximo capítulo), seja ao hipercriticismo dos penalistas, ambos, segundo Nelson Hungria, pouco comprometidos com a aplicação dos ditames do código. Porém, no famoso artigo de 1949, “Os pandectistas do direito penal”, as metáforas de Hungria em relação ao direito penal parecem ter mudado de lugar. Segundo ele, o direito penal,

ao invés de ser ensinado com a impassibilidade e gelidez da docência das ciências exatas, exige cátedras elevadas à dignidade de púlpitos de Igreja, onde o verbo ressoe ainda inflamado do calor do coração, onde o gesto se agite convulsiva e livremente nos arroubos da pregação (HUNGRIA, [1949] 1978, p. 456).

Uma crítica que se refere aos excessos da lógica formal num momento (1949) em que o tecnicismo já estava mais consolidado no Brasil. Excessos que teriam transformado o direito penal numa estéril “dissecação de conceitos”, em ilações eruditas sobre a letra fria da lei. Abstrações sobre abstrações que teriam afastado o discurso do direito penal dos seus escopos práticos. Uma inversão nas metáforas que fez até mesmo Roberto Lyra entender que se abria uma possível aproximação entre as suas concepções e a de Hungria: “Sua conferência contra os ‘pandetistas’ do Direito Penal [...] contém todos os sinais, não de uma evolução, mas de um reencontro [...] condenando o esoterismo, o hermetismo, o filigranismo em Direito Penal” (LYRA, 1956, p. 98). Mas, para Lyra tratava-se de um problema intrínseco ao tecnicismo, e para Hungria, um excesso contornável. E de resto, Nelson Hungria já apontava, ainda que de maneira mais discreta, para os riscos da hipertrofia da lógica formal em, pelo menos, dois artigos (HUNGRIA, 1940b e 1942) anteriores a essas duas conferências (1943 e 1949) onde as metáforas parecem se opor quase simetricamente. Em suma, apesar da inversão das metáforas, em “Os pandectistas do direito penal”, não há qualquer contradição, mas somente variações sobre o mesmo tema, já

que é possível observar que o grande problema continua o mesmo. O que Nelson Hungria criticava enquanto descaminho do tecnicismo é justamente o excesso de abstração que teria afastado o jurista do código, isto é, do seu compromisso com a eficácia judicial dos dispositivos legais. O discurso que outrora servira no projeto de garantir a plena eficiência do código, agora se voltava contra si mesmo. Ele assim advertia: “[...] não lancemos o disco além da sua meta. Todas as questões que não interessam aos fins da aplicação prática e eficiente do direito penal devem ser relegadas como excrescências” (HUNGRIA, [1949] 1978, p. 452).

A leitura considerada adequada do código demandava uma série de capacidades técnicas particulares, que até mesmo o não tecnicista Roberto Lyra reconhecia:

sempre que se cogita da elaboração de um Código Penal avançado, os descrentes lembram o desaparelhamento penitenciário e a falta de magistratura especializada, sobretudo nos Estados. Mas um Código é um instrumento de educação e progresso (LYRA, 1940, p. 16. Grifo meu).

E mais adiante Roberto Lyra completa defendendo que uma série de mudanças no ensino e nas instituições judiciárias permitiria depositar todas as esperanças na “atuação técnica dos Juízes” (LYRA, 1940, p. 16. Grifo meu) diante do novo código. Instrumento de educação e progresso, portanto, antes de mais nada, dirigido à própria magistratura. Um código, então, que deveria “nivelar pelo alto, forçando o avanço – tarefa tão grata a um povo ágil e moço, como o nosso” (LYRA, 1940, p. 16. Grifo meu). Papel atribuído ao código que atravessava também o discurso de Nelson Hungria, perceptível quando ele atribui o dito avanço possível na cultura jurídico-penal brasileira ao aumento do espaço à magistratura togada. Uma mudança que, para Nelson Hungria, deveria estar apoiada numa doutrina de direito penal que tomasse como sua função primordial colaborar com a aplicação judicial de códigos específicos e das leis penais em vigor em determinado território.

Quanto à figura discursiva da eficácia judicial das leis penais, evidentemente havia uma preocupação de fundo, mais antiga, com o controle social de um modo geral. Como vem demonstrando a criminologia crítica contemporânea, quando se fala em eficiência,

efetividade, etc. do direito penal (que passam necessariamente pela eficácia judicial das normas penais), é necessário considerar sempre a seletividade do sistema, isto é, os sujeitos concretamente criminalizados – que têm sido, tendencialmente, aqueles socialmente marginalizados (ANDRADE, 2003, p. 269-270). O âmbito de incidência da norma penal, ao menos para uma boa parte dos tecnicistas, é feito prioritariamente de sujeitos antropológicamente diferenciados (os criminosos), condição que deve ser abarcada pelo penalista através de institutos como a periculosidade e as medidas de segurança. Jiménez de Asúa, por exemplo, faz uma leitura da evolução da questão do crime e do criminoso nos seguintes termos: a escola clássica teria pensado o criminoso como mera função do crime, sujeito abstrato do delito; a escola positiva teria tido a importante contribuição de reconhecer a autonomia da figura do criminoso em relação ao delito, isto é, como fenômeno antropológicamente específico; o tecnicismo, por sua vez, deveria reconhecer a autonomia antropológica do criminoso, embora sob as novas exigências do exclusivismo das leis penais positivadas como objeto da ciência do direito penal (ASUA, 1950, p. 201).

Recepção e ao mesmo tempo transformações que o tecnicismo opera sobre a imagem do criminoso legada pelo positivismo criminológico que não devem ser subvalorizadas. Pois, se num certo sentido o tecnicismo reproduz os estereótipos construídos pelo séquito de Ferri e Lombroso através desse reconhecimento da autonomia antropológica do criminoso (como se pode entrever também em Nelson Hungria), é bem verdade, por outro lado, que o tecnicismo também opera uma certa “limpeza” nos estereótipos legados pelo positivismo criminológico⁴³, que vai se refletir também nos institutos consagrados no código, como é o caso da periculosidade que vem condicionada à verificação anterior, pelo menos, de um fato criminoso para aplicação de qualquer tipo de medida contra o sujeito – particularmente as medidas de segurança, a grande novidade do código penal de 1940 -, ainda que, no reverso desse processo, esteja também a ênfase na noção de defesa social. Porém, o recorte que tentei fazer não foi tanto o do papel da problematização da eficácia judicial das normas para o controle social (necessariamente seletivo), mas da sua função “literária”, por assim

⁴³ C.f. SBRICCOLI, 1999

dizer, isto é, dessa figura do discurso tecnicista na construção histórica da identidade do penalista como leitor pressuposto dos textos legais.

3.3 Os legisladores

Um pequeno retorno aos juristas como “autores” do código. Para compreender a incidência da forma até aqui abordada de conceber a figura do penalista nas suas participações na esfera pública, em particular na produção legislativa, retornemos por um instante ao chamado “bacharelismo liberal”. Em 1927, Monteiro Lobato escrevia:

Por instinto de conservação é força, pois, que o bacharel – Triatoma baccalaureatus – entregue o cetro da governança ao higienista, para que este, aliado ao engenheiro, conserte a máquina brasilica, desengonçada pela ignorância enciclopédica do rubi. (LOBATO, [1927] 1972, p.133).

Desde há muito tempo, a participação dos bacharéis em Direito na estrutura política imperial brasileira do século XIX vem sendo enfatizada por um grande número de historiadores (ADORNO, 1988; BESSONE, 2002; VENÂNCIO FILHO, 2004; WOLKMER, 2008). O próprio esforço do Império em fundar faculdades de Direito no Brasil teria sido uma resposta à necessidade de quadros para gerir a política no momento em que o Brasil se tornava independente de Portugal. As interpretações específicas a respeito do fenômeno têm variado muito, porém, o que interessa reter é que a partir desse ponto de consenso da historiografia nacional é possível dizer que, no imaginário imperial, o jurista seria a figura mais apta para participar na esfera dita “política”, e guiar o país rumo à chamada “civilização”.

Em uma crise que começa nas últimas décadas do séc. XIX e atravessa a Primeira República, às vésperas do Estado Novo, segundo Ângela de Castro Gomes, “o ‘bacharelismo’ e a ‘política’ vão sendo compreendidos como sinônimos e identificados como atividades retrógradas e geradoras de um discurso retórico distante da ‘realidade nacional’” (GOMES, 1994, p. 10), resquícios imperiais que o período republicano não teria sido capaz de extirpar. Tal como pedia Monteiro Lobato, novas figuras, como engenheiros e higienistas, ampliariam o seu

espaço na administração pública, em desfavor dos juristas. Os juristas, porém, ao mesmo tempo, vinham modificando a estrutura e a dinâmica do seu discurso sob o influxo do positivismo cientificista - apesar das formas de coexistência entre a retórica bachaleresca e o positivismo denunciadas por Nelson Hungria - e do tecnicismo, e, com isso, enfatizariam outras formas de intervenção na esfera pública. As comissões técnicas empregadas largamente pelo Estado Novo na elaboração das leis tornar-se-ão um lugar privilegiado de participação na esfera pública para os juristas, sem que isso significasse mácula ao seu papel técnico-profissional estrito e delimitado. Em suma, ao invés de o jurista ser o protagonista do cenário por ser aquele que tem o domínio da retórica, do uso da palavra na tribuna, ele encontra o seu lugar nesse tipo de comissão técnica.

Os efeitos da “domesticação da crítica” no saber profissional que o jurista leva consigo no momento dessa participação também deve ser considerado. Nelson Hungria e tantos outros penalistas pensavam, é verdade, que a política criminal era uma dimensão importante de um processo de codificação penal. Exatamente a política criminal que era vista como muito pouco central para o saber jurídico-penal em sentido estrito, relegada a terceira e menos importante fase da “crítica”. Se a política criminal era, como explicava Galdino Siqueira, o laço entre a ciência do direito penal em sentido estrito, técnica, e as chamadas ciências “especulativas” (SIQUEIRA, 1938, p. 250), de forma alguma ela deveria permear todo o trabalho de um penalista como outrora. Nesse caso, apesar da “politicidade” de uma reforma legislativa de grande porte como uma codificação, o reformismo que ela poderia suscitar entre os penalistas é encaixotado, domesticado, através do conceito de política criminal tal qual o entendem os tecnicistas.

Muito embora a “domesticação da crítica” tenha servido, aqui, para qualificar uma teorização tipicamente tecnicista, atitudes coerentes com essa formulação podem ser encontradas mesmo em juristas que não pertencem ao tecnicismo como escola. Por essa razão, o exemplo mais eloquente de atitude tecnicista no processo de reforma penal brasileiro é o de Alcântara Machado no seu projeto de 1938. Ao explicar a questão da pena de morte na exposição de motivos de seu projeto, Machado esclarece que, embora não a considerasse uma pena adequada, incluiu o artigo que previa a pena de morte, anulando a própria opinião (‘política’?), se acaso o governo julgasse conveniente

adotá-la (D'OLIVEIRA, 1938, p. 16). Da mesma forma um comentarista italiano ao projeto Alcântara Machado, Enrico Altavilla (1939, p. 264), ao chegar no artigo referente à pena de morte, ressalva rapidamente a sua opinião contrária à pena de morte, mas, logo depois dessa menção, debruça-se diretamente no comentário técnico sobre como seria a aplicação judicial daquele dispositivo, operando um deslocamento prematuro da discussão para o processo decisional. Muito diferentemente, o código penal italiano de 1890, por exemplo, teve um *iter* de décadas exatamente por causa, ao menos em parte, das discussões em torno da pena de morte (CARRARA, 1870, p. 218).

Havia, porém, na comissão revisora do projeto Alcântara Machado, uma figura de exceção: Roberto Lyra. Socialista e herdeiro da tradição da penalística do séc. XIX em que a política criminal e a crítica permeavam todo o saber penal, Lyra empenhou-se em questões como a não criminalização da greve, mesmo sabendo que a tendência do governo seria perfeitamente inversa.

Segundo Monica Velloso, no discurso estadonovista, “[...] de inimigo do Estado, o intelectual deve se converter em seu fiel colaborador” (VELLOSO, 2003, p. 155), de forma a se tornar o intermediário entre o governo e o povo. Apesar do processo legislativo desvinculado dos órgãos representativos da sociedade, os juristas que participaram da comissão revisora que redundou no código penal de 1940 se colocavam justamente como os leitores dos interesses e necessidades da Nação, que se consubstanciariam nos dispositivos legais do código. Ainda Mônica Velloso, ao tratar da figura e do lugar do intelectual no Estado Novo, destaca a diferença entre os intelectuais vistos como seres isolados em sua “torre de marfim”, como era concebida a Academia de Letras por Machado de Assis no final do século XIX, muito diferente, segundo ela, do intelectual demandado pelo novo regime. O intelectual do novo regime deveria ser um sujeito engajado na arena política, isto é, deveria ser um representante da consciência nacional. Uma concepção que, segundo Velloso, esfumaria a diferença entre o “homem de letras” e o “homem político” (VELLOSO, 2003, p. 152-53). Porém, como ela se refere muito mais aos homens letrados da literatura propriamente dita, e não das letras jurídicas, é necessário situar a figura do jurista com as suas particularidades nesse terreno. Particularidades que nascem, mais especificamente, justamente do lugar atribuído à política no saber

jurídico e ao caráter eminentemente prático atribuído ao saber jurídico de uma forma geral, diferente do mundo dos letrados em sentido mais estrito.

O que era visto como a atividade prática com a qual o jurista se relaciona é a variável que deve chamar a atenção. Um positivista ferriano poderia acusar os tecnicistas de desvincularem-se do papel prático do jurista ao não darem muita atenção às soluções científicas que deveriam ser construídas em termos de política criminal. Os tecnicistas, por sua vez, poderiam defender-se acusando o séqüito de Ferri de, com sua vocação para buscar soluções científicas para questões de política criminal, afastarem-se do seu papel de colaborar para a manutenção da ordem jurídica instituída através das discussões técnicas vinculadas à aplicação das normas nos tribunais. Uma diferença entre compromisso com uma determinada concepção de ordem social e compromisso, também, com a ordem jurídica estabelecida que pode parecer sutil, mas, é de fundamental importância para a compreensão da figura do jurista como intelectual em suas relações com o Estado.

A relação do jurista com a ordem estatal, que se expressa através de normas jurídicas e somente indiretamente expressa uma determinada concepção de ordem social, que, aliás, dificilmente é unívoca, de qualquer forma existe. Mas, vincular o trabalho do jurista às normas jurídicas instituídas significava tolher o caráter reformista do discurso jurídico (que marcava também o positivismo criminológico), marginalizando o papel político (no sentido mais clássico do termo) do saber jurídico. Ao mesmo tempo, se o discurso jurídico se tecniciza, se a legislação, se o ordenamento jurídico também se tecniciza, a importância da figura do jurista na implementação das políticas legislativas do governo multiplica-se, já que a sua mediação torna-se indispensável. Ou seja, a vinculação do jurista com as atividades do Estado se daria justamente no campo daquilo que era visto como “não-político”, como refratário às paixões e interesses privados característicos do “político” que a legislação deveria escapar para ser verdadeira expressão dos interesses e necessidades da Nação. Uma relação do jurista com o governo que se não se dava, portanto, em detrimento da “torre de marfim” dos juristas, mas justamente através dela.

Então, apesar do caráter eminentemente prático do saber jurídico, essa conexão não impede que o tecnicismo seja, também, a consolidação da “torre de marfim” dos juristas, que faz do direcionamento do discurso

jurídico à atividade decisional dos tribunais o canal através do qual se constrói a idéia de um discurso especificamente jurídico que excluiria toda e qualquer interdisciplinaridade, que era o caminho através do qual os saberes médicos e sociológicos atravessavam o discurso jurídico e a prática dos tribunais no positivismo criminológico. Uma “torre de marfim”, porém, que deveria ter seus efeitos dispersantes e excessivamente autônomos controlados. Domesticação que restaria garantida através da vinculação do trabalho do jurista à colaboração com a eficácia judicial das normas jurídicas nos tribunais. Dessa forma, se o séc. XVIII investiu na vinculação da atividade do magistrado ao Estado, no séc. XX assistimos a uma aposta na vinculação do jurista como letrado, como “doutor”, ao Estado, já que ele deveria ser um colaborador da atividade do magistrado, e, para tanto, o seu discurso, em verdade, deveria quase mimetizar o texto legislativo integrando-o com mais coerência e unidade.

Essa identidade do jurista vinculada à atividade do magistrado não foi diretamente construção do Estado Novo, mas o novo regime, com o seu imaginário de apologia à técnica, ofereceu um terreno muito fértil para que essa forma de construção identitária dos juristas, aqui, no caso, dos penalistas, proliferasse e se enraizasse de forma a reverberar para muito além do período estadonovista.

* * *

Nelson Hungria teve ocasião de defender o novo código penal em várias ocasiões. Muitas vezes em termos estritamente técnicos, mas na conferência “A evolução direito penal brasileiro” ele o fez de maneira muito particular, pois defendia o código somente em termos gerais, mas colocava em questão o próprio estatuto do gesto crítico. Atitude que nos leva a perceber que, mais do que a simples defesa de um diploma legal pelo qual ele certamente nutria particular simpatia pela sua participação na comissão revisora, a questão mesma do lugar da crítica na ordem do saber jurídico que se afirmava é que estava em jogo. Questão sobre o qual se debruçaram vários penalistas, discutindo com Hungria, entre eles, Aníbal Bruno e Roberto Lyra.

O texto do código penal de 1940, na visão de Nelson Hungria, demandava um determinado tipo de juristas-destinatários: técnicos. Mas, técnico não significa aqui simplesmente precisão, mas um gesto que

coloca como centro de gravidade da atividade jurídica a eficácia das normas de códigos penais específicos (e das outras leis penais em vigor) de um determinado local enquanto instrumentos de repressão estatal. Uma reconstrução fiel às leis positivas, sistematizante e que “domesticasse” a função crítica do discurso penal com vistas à manutenção da ordem jurídica estatal são os pressupostos do que Hungria entendia por um saber jurídico-penal “prático”, isto é, colaborador para a efetiva aplicação judicial dos preceitos penais positivados.

Tendo como referência o advogado do júri, ele era visto como aquele que fraudava a eficácia da norma com seus discursos retóricos, e, portanto, o discurso tecnicista, é construído adotando como ponto de referencia às funções atribuídas ao magistrado. Duas metáforas de advogado e juiz, então, que representam, por um lado, o desprezo pela norma, e de outro, o compromisso com a efetividade dela. Ou seja, o embate contra a figura do advogado é a conseqüência e o resumo mais perfeito desse projeto na medida em que deixa claro o que significa o escopo prático desse discurso: colaborar com a eficácia judicial das leis, instrumentalizando os juizes para resistirem à retórica advocatícia. Um ponto crucial da concepção tecnicista hungriana, portanto, é o lugar atribuído ao tribunal do júri no sistema penal. O tecnicismo, apesar de tudo, possui um “arquivo escondido” onde a crítica – mesmo contra a legislação positiva vigente – assume o primeiro plano e é congenial aos seus fundamentos teorico-metodológicos. Um “arquivo” que se revela somente em problemas muito específicos, e o júri é um deles.

4 “A ELOQUÊNCIA FARFALHANTE DA TRIBUNA DO JÚRI”: O TRIBUNAL POPULAR E A LEI

“è più sicura l’ignoranza che giudica per sentimento, che la scienza che giudica per opinione”

“è utilissima legge quella, che ogni uomo sia giudicato dai suoi pari, perché dove si tratta della libertà e della fortuna di un cittadino, debbono tacere quei sentimenti che ispira la disuguaglianza; e quella superiorità con cui l’uomo fortunato guarda l’infelice e quello sdegno con cui l’inferiore guarda il superiore, non possono agire in questo giudizio”

Cesare Beccaria

Na conferência “A evolução do direito penal brasileiro” de 1942 – já mencionada aqui mais de uma vez – o código penal de 1940 teria sido a última etapa da “evolução” pela qual estaria passando o direito penal brasileiro (HUNGRIA, 1943, p. 11). Como signo de evolução, o código é defendido com força em resposta aos críticos das soluções adotadas pela comissão revisora do projeto Alcântara Machado. Retomando alguns pontos já abordados, recordemos, em linhas gerais, que Hungria tece essa defesa argüindo o acerto das soluções do código em relação às mais modernas doutrinas penais e criminológicas adaptadas pela comissão revisora ao contexto nacional. Dada essa premissa, todo o problema estaria na correta aplicação da letra da lei nos tribunais e na necessidade de uma postura comprometida com a eficácia das normas codificadas por parte dos penalistas. Em relação ao comprometimento dos penalistas com a eficácia das normas positivadas não importa, aqui, acrescentar mais nada ao que já foi dito no capítulo anterior. Debrucemo-nos, portanto, no discurso acerca da correta

aplicação da letra da lei nos tribunais, que é onde aparece a vinculação entre codificação/legislação e júri no pensamento de Nelson Hungria.

Na perspectiva do tipo de discurso penal que Nelson Hungria defendia, então, emergia como um sério problema a figura do advogado, em especial a do advogado do júri. Na relação tida como ideal por Hungria entre lei – doutrina – jurisprudência, o embate em torno do júri condensa em si os argumentos mais significativos em relação ao terceiro elemento na construção imaginária deste tripé: a jurisprudência. Um capítulo sobre a organização da Justiça no Estado Novo nos levaria, então, para muito além da proposta desta pesquisa, de modo que uma análise mais restrita acerca do júri é capaz de nos guiar mais diretamente à compreensão dos aspectos do pensamento de Nelson Hungria que foram selecionados como objeto deste trabalho.

Para além da bondade intrínseca do texto codificado, era necessário, para Hungria, eliminar os elementos perturbadores do bom funcionamento do sistema legislativo. Um desses elementos era o tribunal do júri, que teria sido, inclusive, um dos responsáveis pelo mau funcionamento do velho código penal de 1890. Mas antes de entrar na análise específica desta conferência de 1942, retomemos por um instante o fio do contexto intelectual e institucional no qual Hungria levou a cabo o seu embate.

4.1 A eloquência

Pode-se dizer que a formação jurídica do século XIX girava em larga medida em torno da figura do advogado, isto é, sublinhava a capacidade retórica do jurista, pautado no bom uso da palavra falada. Os corolários dessa opção são inúmeros. Entre elas a tendência em valorizar um ensino fundado na oralidade, onde a maioria dos textos que encontramos daquela época eram pensados, em verdade, para serem declamados ante um auditório determinado. Muito diferente do auditório impessoal dos padrões de cientificidade do final do século XIX que atribuiria um valor muito maior à palavra impressa. Essa é a tese de Carlos Petit em seu trabalho sobre a cultura jurídica da Espanha Liberal no século XIX:

admitamos por um momento o paradoxo de colocar dentro do século XIX – o século da difusão social das letras, o século da linotipia e

das revistas; sim, o século da lei escrita e do Estado – um remoto entendimento que ainda esgota na tarefa do *ius dicere* o momento decisivo da criação jurídica (PETIT, 2000, p. 11)⁴⁴.

Desse ponto de vista, no âmbito de uma cultura jurídica, segundo Petit, fundada no paradigma oratório-forense, a advocacia não é somente mais uma profissão jurídica entre tantas outras, mas a profissão jurídica por excelência:

sob o ponto de vista que ora se adota, o paradigma oratório-forense implica também promover a antiga advocacia, da sua atual condição de mera profissão jurídica (entre outras não menos desejáveis e dignas), para a categoria ontológica onde reina, solitário, o jurista perfeito (PETIT, 2000, p. 11)⁴⁵.

A partir, aproximadamente, da década de 80 do século XIX, na Espanha, Petit marca o nascimento de um novo paradigma nas faculdades de direito: o do jurista-cientista. Pasquale Beneduce também identifica um processo similar na Itália, cujos primeiros embates e sinais “em torno do novo paradigma do jurista universitário que progressivamente subordina a si qualquer outra possível imagem do trabalho jurídico”⁴⁶ se verificariam nas décadas de 60 e 70 do século XIX (BENEDUCE, 1996, p. 16-17). Paradigma que nasce sob o influxo do cientificismo, e que demanda toda uma série de práticas calcadas na escrita para se sustentar, e onde a retórica advocatícia passa a aparecer

⁴⁴ Tradução Mônica Sol Glik. No original, em espanhol: “Admitamos por un momento la paradoja de colocar en el siglo XIX – el siglo de difusión social de las letras, el siglo de la linotipia y las revistas; sí, el siglo de la ley escrita y del Estado un remoto entendimiento que todavía agota en la tarea del *ius dicere* el momento decisivo de la creación jurídica.”

⁴⁵ Tradução Mônica Sol Glik. No original, em espanhol: “Desde el punto de vista que ahora se adopta el paradigma oratorio-forense implica además elevar a la vieja abogacia desde su actual condición de mera profesión jurídica (entre otras no menos deseables y dignas) a la categoría ontológica donde reina solitario el jurista perfecto.”

⁴⁶ No original, em italiano: “intorno a quel nuovo paradigma del giurista universitario che progressivamente subordina a sé ogni altra possibile immagine del lavoro giuridico.”

cada vez mais como uma forma de falsear a verdade. Segundo Ricardo Fonseca, “esta passagem do jurista ‘eloqüente’ para o jurista ‘cientista’, grosso modo, pode ser transplantada para o caso da cultura jurídica brasileira (...)” (FONSECA, 2006, p. 361). No final do século XIX, Fonseca indica os inícios da passagem, no Brasil, do paradigma “eloqüente”, para o paradigma “científico”, e Wilton Silva também aponta que se afirmava uma “nova visão do conhecimento jurídico, realmente ‘científica’” (SILVA, 2007, p. 31). Tobias Barreto, por exemplo, para ficar num caso da seara penal,

parecia não ter muito apreço pelo estilo retórico e grandiloqüente que marcou as gerações precedentes dos juristas brasileiros (como também da maior parte de seus contemporâneos), em vista de sua sempre ácida condenação ao que ele denominava a ‘fraseologia’. Para ele, era uma tarefa importante insurgir-se “contra a *frase*, contra o *estilo de salão* que enfraquece o pensamento e corrompe os estudos sérios”. (FONSECA, 2006, p. 364)

Isso não quer dizer, porém, que personagens como Tobias Barreto não carregassem as marcas da formação que criticavam. É famosa a crônica da eloqüente defesa da tese de doutorado de Tobias Barreto, do seu domínio da palavra falada (VENÂNCIO FILHO, 2004, p. 264). O que importa, porém, no plano da história do pensamento jurídico, é que, desde o final do século XIX a figura do advogado (ainda mais se for advogado do júri) passa a ser alvo privilegiado daqueles juristas comprometidos com essa transformação no modelo de discurso jurídico, cada vez mais orientado para o cientificismo, contra aquilo que chamaríamos de “bacharelismo liberal” (ADORNO, 1988). Para tomar um exemplo mais tardio, mais próximo do período deste trabalho, temos um discípulo de Tobias Barreto: Viveiros de Castro. No prefácio de seu livro sobre a “Nova Escola Penal” (referência ao positivismo criminológico), ele se insurge contra a retórica advocatícia, referindo-se a ela como marca de uma geração “(...) corroída até a medula pela retórica, pelo gosto do palavriado inane, balofo, frívolo. A sciencia moderna positiva, exacta, fria, irrita-lhe os nervos” (CASTRO, 1913, p. 11).

4.2 A sobriedade

Na crítica de Hungria à retórica do advogado do júri, o ponto central é o descaso pela eficácia do direito penal positivo. Segundo ele, esse período marcado pelos oradores do júri teria produzido um direito penal “romântico e emocional”, direcionado somente aos “êxitos tribunícios”,

para cujo triunfo se torcia e retorcia o direito positivo [...], reduzido a letra morta pelo soberano arbítrio e lógica de sentimento do tribunal popular. O caluniado código de 90 fôra metamorfoseado, pela espetacular e profusa oratória criminal, desorientadora da justiça ministrada pelos juízes de fato, num espantelho ridiculamente desacreditado. Foi o período áureo do *passionalismo* sanguinário, que andava à solta, licenciado sob a estapafúrdia rubrica de “privação dos sentidos”. As teorias revolucionárias da chamada “nova escola penal”, difundidas *à la diable*, mal compreendidas ou tendenciosamente utilizadas, era a moeda que, embora sem autorização legal, mas sob o pretexto de deplorável atraso da nossa lei escrita, livremente circulava nos recintos do tribunal dos jurados. A literatura psiquiátrica, a lóbrigar o *patologismo* nas mais fugidias discordâncias de conduta, era piamente acreditada e abria a porta da prisão a uma privilegiada chusma de sicários e rapinantes. (HUNGRIA, 1943, p. 13-14. Grifos meus)

Hungria e alguns dos expoentes do positivismo criminológico estão de acordo, portanto, no que tange aos males da retórica advocatícia de um modo geral. Mas é interessante notar que é justamente esse caráter de “exatidão” que Nelson Hungria negava ao saber do positivismo criminológico, acusando-o de, com as suas imprecisões e com os intermináveis debates contra o “classicismo”, ter contribuído com a retórica tribunícia que corroeria a eficácia da norma penal positiva. Nesse sentido, bem notou a historiadora Joseli Mendonça que

muitos dos embaraços da justiça penal nesse momento advinha “da atuação dos advogados de defesa que, como Evaristo de Moraes, instrumentalizavam os (des)conhecimentos das ciências médicas para ampliar a ‘classe’ dos agentes inimputáveis” (MENDONÇA, 2004, p. 344).

O livro de memórias de Evaristo de Moraes, “Reminiscências de um rábula criminalista” (1989) é uma confirmação eloqüente da existência desse tipo de uso do positivismo criminológico durante a Primeira República no Brasil. Evaristo de Moraes conta, às vezes com riquezas de detalhes, varias ocasiões em que se apropriou das teorias lombrosianas (e afins) com êxitos bastante distantes da almejada “defesa social” ou da efetividade das normas positivas. Não é à toa a avaliação ambígua de Hungria acerca de Evaristo de Moraes, lamentando que o momento em que vivera, época de vivacidade do debate entre as escolas penais, o teria impedido de deixar para a posteridade um livro de estudo técnico-jurídico do direito vigente: “mesmo aqueles que conheciam, de verdade, a autêntica ciência penal abstinham-se, pelo receio de compromissos doutrinários em contraste com o interesse profissional, de fixar em livros didáticos a austera interpretação do direito positivo”, e completa, “haja vista aquele que foi príncipe entre eles, o insigne Evaristo de Moraes, em cuja extensa bagagem literária não se depara um só estudo de feição estritamente técnico-jurídica” (HUNGRIA, 1943, p. 14. Grifo meu). Surpreende, aliás, os elogios de Hungria a Evaristo de Moraes: este, advogado rábula, conhecidíssimo pelas suas façanhas retóricas no tribunal do júri durante a Primeira República no Rio de Janeiro, encaixa-se quase como o tipo ideal de advogado do júri que, para o tecnicismo hungriano, teriam trazido todos os malefícios para a ciência do direito penal brasileira.

Sobre esses dois filões de críticas ao júri (em nome da Ciência em geral ou em nome da Lei em particular), Roberto Lyra (talvez o mais famoso dos penalistas contemporâneos de Nelson Hungria), ao defender o tribunal popular, distinguia, exatamente, duas posturas críticas em relação ao júri: “equivocam-se os que depreciam o júri sob o crivo técnico-jurídico ou técnico-científico” (LYRA, 1975, p. 134). Ou seja, pode-se dizer que o positivismo criminológico critica o júri e a figura do advogado em nome da ciência (crivo técnico-científico), e o tecnicismo de Nelson Hungria o faz em nome da lei (crivo técnico-jurídico). Isso não quer dizer que esses dois planos não possam entrecruzar-se, mas,

nesta conferência de Hungria, eles são claramente diferenciados, tanto é que o positivismo criminológico é, ao contrário, acusado de colaborar para a perpetuação da retórica enganadora dos advogados do júri.

4.3 O júri (e a sobriedade)

Tão importante para Nelson Hungria era a questão do júri que ele considerava mesmo as recentes mudanças na estrutura desse tribunal o ponto de partida da “transformação evolutiva” na direção de um saber jurídico penal “ponderado” e realmente comprometido com a eficácia das normas. Mudanças que limitavam a competência legal do tribunal popular, e aumentavam, conseqüentemente, a dos juízes togados, bem como submetia as decisões do júri à revisão do Tribunal de Apelação. Os juízes togados - daí a importância dessas mudanças -, seriam, para ele, tendencialmente mais aptos a resistirem à retórica enganadora dos advogados. Passava-se, para ele, da “eloquência farfalhante da tribuna do júri” à “dialética ponderada, sóbria e leal na exegese, análise e aplicação dos textos legais”⁴⁷. Nas palavras de Hungria,

Com o declínio (...) do tribunal do júri, teve de operar-se uma profunda mudança nos arraiais da justiça penal. Transferido dos juízes de fato aos juízes de direito o julgamento da maioria dos crimes, entrou de despontar, no debate da solução dos casos e questões penais, o que se pode chamar de “pudor jurídico”. Elevou-se o nível da cultura jurídico-penal. A eloquência farfalhante da tribuna do júri foi substituída pela dialética ponderada, sóbria e leal na exegese, análise e aplicação dos textos legais (HUNGRIA, 1943, p. 15)

⁴⁷ Alguns anos antes, Hungria havia utilizado praticamente as mesmas metáforas ao fazer o elogio fúnebre do famoso advogado do júri francês Henri Robert (1863 – 1936): “(...) elle foi a nítida linha de separação entre a oratória romântica que, no século XIX, retumbava em accents hugonianos, pelas salas dos tribunaes de justiça, e a oratoria commedida, friamente lógica, succinta, concisa, breve, quasi secca, pragmática, estrictamente útil dos dias de hoje. (...) Não mais os moldes tradicionaes da rhetorica farfalhada, de trapos gorgolejados, solenne, dramática, que fallava mais ao coração que ao espirito; mas o argumento incisivo, o raciocínio sob o aspecto da lógica mathematica”. (HUNGRIA, 1936b, p. 295)

Essas transformações no tribunal do júri às quais Hungria se referia são, em grande parte, aquelas do decreto-lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938, sob o regime de Vargas, como também do próprio código de processo penal de 1941. Segundo relatório produzido pelas instâncias administrativas governamentais, modificações que pretendiam recuperar o “prestígio” do júri:

essa lei [o referido decreto nº 167 de 1938] integrou definitivamente o tribunal popular no aparelhamento de defesa da sociedade, livrando suas decisões das influências pessoais e restabelecendo o prestígio que ele vinha perdendo. A mais sensível das inovações operadas pelo decreto-lei nº 167 foi a faculdade que conferiu aos Tribunais de Apelação para, em recurso, conhecer do mérito das decisões do júri e reformá-las, seja para absolver, seja para aplicar-lhe a pena merecida. Os dispositivos da lei do júri foram reproduzidos no Código de Processo Penal, com as alterações impostas pela experiência e pelo sistema de aplicação da pena adotado no novo Código Penal (SCHWARTZMAN, 1982, p. 85).

Uma mudança significativa no processo do júri levado a cabo não muito tempo depois do golpe que instituiu o Estado Novo: a outorga da Constituição de 1937 data do mês de novembro, e o decreto-lei 167 é de janeiro de 1938. Sinal de que o controle das forças centrifugas que poderiam atuar no tribunal popular em detrimento da “defesa social” (palavra de ordem adotada pelo regime na política criminal) era considerado bastante urgente.

A “lógica do sentimento” que a exposição de motivos denuncia como principal defeito do júri popular deveria ser o ponto a ser devidamente controlado pela nova lei, para que o tribunal popular pudesse transformar-se, como os outros tribunais togados, em um eficaz dispositivo estatal de defesa social. Enrijecimento do controle penal contra qualquer “indulgência para com criminosos”:

Já não se pode compreender que alguns cidadãos, investidos na função de juízes de fato, se sobreponham, incontrastavelmente, às exigências

da justiça penal, na sua finalidade de defesa da sociedade. A lógica do sentimento, que serve às decisões do Júri, não pode redundar em escandalosa indulgência para com criminosos (CAMPOS, 1938, p. 228).

Ainda na Exposição de Motivos do decreto-lei 167, Francisco Campos justifica que o júri não foi abandonado porque poderia colaborar para a “educação cívica do povo”. O argumento de que o júri teria sido abolido tacitamente pela Constituição de 1937, já que ela não o mencionava (ao contrário do texto constitucional anterior), é rechaçado por Campos. Não abolir o júri, mas adequá-lo às feições do novo regime, contra um tipo de tribunal popular, segundo ele, resquício do Império:

O que se tornou indissimulavelmente antinômico com o atual regime político, orientado primacialmente na defesa do preponderante interesse coletivo, ate agora embaraçado pelas demasias de um anacrônico liberalismo individualista, foi o Júri que o Império nos legara, o Júri ilimitadamente soberano e irresponsável (CAMPOS, 1938, p. 228).

Em suma, o governo aplica no júri um golpe duríssimo, ainda que não tenha adotado a tese da abolição do tribunal popular.

As críticas ao júri circulavam também em outros cantos do mundo, como na Itália – “pátria” dos maiores expoentes do positivismo criminológico. Críticas que, mesmo quando não se aceitava a pura e simples abolição, exigiam alguma resposta, clamando por reformas institucionais. As respostas não foram unívocas: na Itália, o regime fascista adotou o chamado *scabinato*, onde jurados leigos e juízes togados compartilhavam da função de julgar, sem a divisão de funções tradicional (Alfredo ROCCO, 1931, p. 604; LONGHI, 1932, p. 183; Regio Decreto 23 marzo 1931, n. 249). Embora o problema na relação novo código – júri que Nelson Hungria e Francisco Campos levantavam fosse muito similar ao que se discutia na Itália – Silvio Longhi sintetizou muito bem a questão dizendo que “o maior tecnicismo assumido pelo novo código penal deveria tornar ainda mais intolerável

qualquer intervenção de profanos” (LONGHI, 1932, p. 182)⁴⁸ – a resposta brasileira foi mais moderada, ainda que tocassem igualmente um pilar fundamental da instituição do júri ao relativizar a soberania dos seus julgamentos.

O art. 96 do decreto-lei 167 de 1938 estipulava que “se, apreciando livremente as provas produzidas (...), o Tribunal de Apelação se convencer de que a decisão do júri nenhum apoio encontra nos autos, dará provimento à apelação, para aplicar a pena justa, ou absolver o réu, conforme o caso.” O recurso contra sentença manifestamente contrária às provas dos autos, atualmente, redundaria em protesto por novo júri, repetição do julgamento, para não ferir o dispositivo constitucional que considera soberanas as decisões do tribunal popular, diferentemente da solução adotada pelo referido decreto-lei 167 de 1938 que afirmava a reformabilidade direta da sentença pelo Tribunal superior. Ou seja, a ausência de referência ao júri na Constituição de 1937 abriu o caminho para que uma lei ordinária relativizasse a soberania do tribunal popular.

Na mesma edição da Revista Forense onde, como de costume, esta norma foi divulgada para o meio jurídico, juntamente com a Exposição de Motivos do ministro da Justiça, acompanhava o comentário do jurista Magalhães Drumond sobre a nova disciplina do júri, e, tratando do tema mais delicado – a reformabilidade das decisões – o texto legal era defendido nos seguintes termos:

Há muito quem veja nisso um perigo para os réus. Penso que perigo haverá para os réus merecedores de condenação. É necessário não esquecer que o nosso juiz togado é – também psiquicamente – brasileiro, e como tal não concorrerá para que a justiça penal do Brasil se anti-humanize. Os Juizes dos Tribunais de Apelação vão julgar, brasileiroamente, sentimentalmente, eticamente, tais quais os juizes populares, apenas com a diferença de poderem apreciar muito mais utilmente a prova do fato e a personalidade do criminoso. Por outro lado, sabedores de que suas

⁴⁸ No original, em italiano: “(...) il maggior tecnicismo assunto dal nuovo codice penale doveva rendere vieppiù intollerabile qualsiasi intervento di profani”.

deliberações estão sujeitas a tal revisão, os jurados vigiar-se-ão mais na sua sentimentalidade, procurarão objetivar mais as causas que julguem, de modo a que possam ver comprovadas as suas decisões. (DRUMOND, 1938, p. 224)

Para defender que a reforma das decisões do júri não seria um perigo para os réus, Magalhães Drumond apela para o estereótipo da sentimentalidade inerente ao povo brasileiro em geral, e, assim, do vínculo sentimento – humanismo. Porém, aproximando-se, na segunda parte, do pensamento de Nelson Hungria acerca de sentimento/romantismo *versus* objetividade/cientificidade no campo penal, a possibilidade de as decisões do júri serem revistas por juízes togados forçaria os jurados a serem menos sentimentais, “objetivando mais as causas que julgam”. De resto, é bastante claro o argumento do positivismo criminológico: a incapacidade dos jurados de decidirem sobre questões profundamente científicas e especializadas como a personalidade do criminoso. Um argumento, aliás, que já fora usado anteriormente na discussão sobre o novo código penal. Aureliano Correa de Araújo, por exemplo, relator do parecer da congregação da Faculdade de Direito de Recife sobre o projeto de Código Penal Sá Pereira (nº 118-A de 1935) escrevia que

o projeto neste ponto incide nas constantes censuras que se increpavam e se increpam às leis vigentes, que, em relação ao Tribunal popular, armam os juizes leigos das graves atribuições de julgar questões técnicas relativas ao estado mental dos criminosos, sem conhecimento de princípios elementares de psico-patologia forense (CORREA, 1937, p. 45)

A reforma levada a cabo sob a égide do Ministro Campos, porém, não se limitou à relativização da soberania do júri. Conforme explica o próprio Francisco Campos na Exposição de Motivos do decreto-lei,

além da reformabilidade das decisões do Júri pelos Tribunais de Apelação, foram introduzidas as seguintes inovações: a) fortalecimento da autoridade e maior amplitude de ação do

presidente do Tribunal do Júri; b) critério positivo de maior rigor na seleção dos jurados; (...) e) redução do tempo dos debates, para evitar que estes degenerem em discussões acadêmicas ou torneios de retórica (...). (CAMPOS, 1938, p. 228)

O segundo ponto aparecia no artigo 7º: “Os jurados devem ser escolhidos dentre os cidadãos que, por suas condições, ofereçam garantias de firmeza, probidade e inteligência no desempenho da função”. O “povo” do tribunal popular não é qualquer um. Sob o Estado Novo, a seleção desse “povo” deveria ser ainda mais rigorosa. Apesar disso, a fórmula utilizada pela lei brasileira é bastante genérica em comparação com outras soluções análogas, isto é, que buscavam controlar de maneira mais estrita a “qualidade” dos jurados. É o caso da lei italiana: também modificada nesse aspecto pelo regime fascista, o artigo 4 do Regio Decreto 23 marzo 1931 n. 249 que trata dos requisitos para alguém se tornar jurado é bastante extenso e detalhado, ao contrário do dispositivo brasileiro que é sucinto, genérico, e, também, menos objetivo.

A inovação da lei brasileira mencionada no item “e” da Exposição de Motivos de Francisco Campos (“redução do tempo dos debates, para evitar que estes degenerem em discussões acadêmicas ou torneios de retórica”) nos faz lembrar imediatamente a argumentação de Hungria, anteriormente mencionada, acerca da retórica enganadora dos advogados do júri. Já que não se optou por abolir o tribunal popular, a solução encontrada foi diminuir o tempo dos debates.

O art. 9, por sua vez, institui formas de responsabilização do jurado, “nos mesmos termos em que o são os juízes de ofício, por prevaricação, inexação, peita ou suborno (...)”. Este artigo, juntamente com o art. 96, são aqueles que atingiam mais diretamente o indesejado traço “ilimitadamente soberano e irresponsável” do tribunal popular, e, na medida em que o juiz togado era o modelo de bondade para juristas como Campos e Hungria, adotar medidas como essa, que aproximavam o jurado do juiz, eram, para eles, claramente desejáveis.

Completando a reforma penal desejada pelo regime de Vargas, é elaborado também um novo Código de Processo Penal. Em relação ao júri, o ministro Francisco Campos afirmava, em 1939, a substancial continuidade entre o projeto de novo Código e o Decreto-Lei 167 de 1938:

Com ligeiros retoques, foram mantidos no corpo do projeto os dispositivos do Decreto-Lei número 167, de 5 de janeiro último, que regula a instituição do júri. Como atestam os aplausos recebidos, de vários pontos do País, pelo governo da República, e é notório, têm sido excelentes os resultados desse decreto legislativo, que veio afeiçoar o tribunal popular ao ritmo das instituições do Estado Novo. A aplicação da Justiça penal pelo júri deixou de ser uma abdicação para ser uma delegação do Estado, que se reserva o direito de ajustá-la à feição do interesse social. Privado de sua antiga soberania, que redundava, na prática, numa sistemática e alarmante indulgência para com os réus, o júri está, agora, integrado na consciência de suas graves responsabilidades e reabilitado na confiança geral. (CAMPOS [1939], 2001, p. 123)

Os “ligeiros retoques” mencionados por Campos seriam modificações que serviriam, segundo Hungria, para “afeiçoar o tribunal popular ao sistema do novo Código Penal” (HUNGRIA, 1941, p. 17). Uma delas seria um aumento do tempo para os debates (art. 68 do Decreto-Lei 167 modificado pelo art. 474 do CPP); e outra seria aquela que

limita a função julgadora do Conselho de Sentença a afirmar ou negar o fato criminoso e sua autoria, as circunstâncias elementares ou qualificativas, a desclassificação do crime eventualmente pleiteada e as causas excludentes de pena ou de crime. Quando *veredictum* for no sentido da condenação, ao juiz presidente do tribunal incumbe fixar a pena e impor medida de segurança, lavrando sentença cumpridamente motivada. É incontestável que semelhante tarefa não podia ser confiada à justiça sentimental ou emotiva do tribunal popular (HUNGRIA, 1941, p. 17. Grifo meu)

4.4 O júri (e a eloquência)

A queda do Estado Novo e o advento da Constituição de 1946, porém, mudariam essa paisagem que Nelson Hungria não só contemplava satisfeito, mas que também participara em primeira pessoa para construir.

Dessa vez, serão aqueles favoráveis ao tribunal do júri que avaliam positivamente as mudanças: “A Constituição de 1946, obra do povo, por intermédio de seus legítimos representantes, restaurou o júri naquilo que ele tinha de mais essencial, a sua soberania”; invocando a “tradição milenária do tribunal popular”, Alfredo Albuquerque retoma a denúncia segundo a qual na omissão da Constituição de 1937 estava a intenção de abolir o júri e critica as transformações trazidas pelo decreto-lei 167 de 1938:

Coisa assim tão velha não se pode extirpar facilmente, como o tentou fazer a Carta Constitucional de 1937, dando lugar a protestos, a que o Governo ditatorial teve de atender, sendo, então, expedido o dec.-lei nº 167 de 1938. Mas este decreto, desvirtuando a instituição milenar, pode-se dizer que o amputou numa de suas características essenciais, a soberania de suas decisões (ALBUQUERQUE, 1946, p. 405)

Na Constituição de 1946, o júri é regulado no capítulo acerca das garantias individuais, e o parágrafo dedicado a ele estabelece parâmetros mínimos a serem seguidos pela lei que o regulamentaria em 1948:

Art. 141, § 28, CF 1946 - É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Ao ir além da simples menção ao júri, isto é, estabelecendo diretrizes para a futura regulamentação, percebe-se claramente a

proteção que o texto constitucional pretendia atribuir ao tribunal popular contra aquilo que era considerado ‘esvaziar’ a instituição. Os dois pontos principais, neste aspecto, são a menção à soberania dos veredictos e a garantia de um rol mínimo de competência (os crimes dolosos contra a vida), que são exatamente os dois flancos pelos quais o Estado Novo teria ‘esvaziado’ o júri. Lembremos do elogio de Hungria à limitação da competência do júri e à relativização da soberania dos seus veredictos na conferência de 1942.

O projeto de lei que regularia o júri é exatamente o Projeto de Lei do Senado nº 1 de 1946, apresentado pelo senador Olavo Oliveira do Partido Social Progressista. Evidentemente, a regulamentação o mais imediata possível do júri é uma questão de adequado funcionamento da Justiça, mas, de qualquer forma, tamanha presteza na apresentação do projeto de regulamentação indica, também, a valência política simbólica do tribunal popular no processo de reforma da herança institucional da ditadura de Vargas. O autor deste projeto de lei, senador Olavo Oliveira, criticava com eloquência a disciplina anterior do tribunal do júri:

A Constituição de 10 de novembro de 1937, conservando a competência privativa da União para legislar sobre o direito processual (art. 16, nº XVI), fez tábua rasa do Júri, como garantia constitucional e como órgão do poder judiciário. E veio o Decreto-lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938, profundo golpe nos tradicionais sentimentos democráticos do nosso país. A título de regular a instituição do Júri, reduziu o velho e querido tribunal popular a uma verdadeira ficção, submetendo as suas decisões à reforma dos Tribunais de Justiça, que armou de autoridade para absolver e condenar os acusados, contra os pronunciamentos dos Conselhos de Sentença, no julgamento das apelações interpostas das suas decisões (OLIVEIRA, 1949, p. 13)

A lei nº 263 de 1948 – resultado do PLS nº 1 de 1946 – para salvaguardar a soberania do júri no caso da previsão do Código de Processo de Penal de apelação por decisão manifestamente contrária aos autos estabeleceu que a decisão do Tribunal de togados só poderia determinar um novo julgamento pelo tribunal popular. Quanto à

competência, o seu art. 2º parágrafo 1º aumentou as hipóteses do art. 74 do Código de Processo Penal: as várias formas de aborto foram incluídas na esfera de competência do júri, juntamente com o homicídio doloso, ‘induzimento, instigação e auxílio ao suicídio’ e infanticídio que já eram de sua competência pela lei anterior.

É esse o novo contexto que Hungria encontra depois da queda do Estado Novo quando publica na Revista Forense, em 1956, um artigo intitulado “A justiça dos jurados”. Entre as lembranças das leis que outrora ele próprio ajudara a elaborar e o novo desenho institucional da Constituição de 1946, Hungria sentenciava:

Foi em vão que o nosso Cód. Penal vigente cuidou de criar obstáculos à proverbial frouxidão do tribunal popular. Valiam eles ao tempo em que a lei substantiva e a lei adjetiva penais, entrosadas em um sistema harmônico, que veio a ser rompido pelo desgraçado art. 141 § 28, da Constituição de 46, se completavam para a eficiência da repressão do crime. (HUNGRIA, 1956, p. 10)

Em oposição ao legislador de 38 (do decreto-lei 167) e de 41 (do Código de Processo Penal), a Constituição de 1946 era acusada de sucumbir aos interesses da categoria dos advogados:

A reforma que em tão boa hora fôra realizada pelo legislador de 38 e 41 veio a ser anulada sumariamente por uma emenda de afogadilho ao projeto de Constituição de 46, obtida pela cabala e a pressão dos advogados criminais no Palácio Tiradentes. (HUNGRIA, 1956, p. 11)

Para compreender a dimensão desta crítica, vale lembrar, ainda, que a menção aos advogados criminais remete à velha imagem negativa do advogado do júri que já aparecia na conferência de Hungria publicada em 1943.

No novo clima de restauração da democracia, a influência do fascismo torna-se um grave problema, e, para defender a solução de outrora, esconjurar este argumento é ponto de passagem obrigatório:

Afirmou-se, insidiosamente, que a revogada possibilidade de alteração *de meritis* dos

veredictos do júri pelo tribunal togado (...) tinha cor fascista ou cheiro de Estado totalitário. Pura invencionice, mero boato demagógico. O exemplo viera da Inglaterra, pátria do júri (...). Foi a Inglaterra que teve a iniciativa, nos tempos modernos, apesar do ferrenho conservantismo que a caracteriza, da reformabilidade das decisões do júri pela Corte de Justiça, chegando a admitir, ainda quando o recurso seja do próprio réu, até mesmo a *reformatio in pejus*. (HUNGRIA, 1956, p. 11)

Entrando no cerne da argumentação de Hungria, tomemos uma longa passagem como ponto de partida da análise:

Vivemos em um século em que a chave do progresso é a divisão do trabalho e a especialização das funções. Na amplitude e complexidade crescente dos dados da experiência científica, o êxito de qualquer arte, ofício ou profissão esta condicionado ao particularismo e tecnicismo de conhecimentos. O *especialista* e o *técnico* são os procurados e escolhidos, porque só eles realizam o ideal prático dos *right men in the right places*. A improvisação, ainda que lastreada pela mais provida inteligência e o mais equilibrado bom-senso, já não pode ter possibilidade de sucesso. (...) Nenhum mister, por mais aparentemente fácil que seja, dispensa preparo e treinamento singularizados. Pois bem; há um setor da vida social que ainda se exime ao “imperativo categórico” da convocação dos capazes, persistindo em oficializar o “culto da incompetência”: é o da administração da justiça penal, com a rotineira conservação do famigerado Tribunal do Júri. (...) A justiça penal tornou-se, com os modernos estudos biopsico-sociológicos do criminoso e do crime, uma função que envolve a aprofundada pesquisa da alma humana (...). Já não pode deixar-se inspirar por sentimentalismos espúrios, por ódios vingativos ou ditames de piedade. (...) A justiça penal *emocional* cedeu o

passo à justiça penal friamente *analítica*, ao serviço do superior e exclusivo interesse da defesa social contra o flagelo da criminalidade (HUNGRIA, 1956, p. 8).

O especialista contra o leigo; o sentimentalismo contra a ‘frieza analítica’; todos argumentos que lembram o positivismo criminológico. De fato, nem sempre positivismo e tecnicismo operam em binários opostos ou em rota de colisão. Muito embora Hungria defendesse que a magistratura togada preveniria a justiça penal tanto dos “ódios vingativos” quanto dos “ditames de piedade”, a “defesa social” colocada como pedra de toque empurra o seu pensamento menos na direção das garantias individuais e mais nas necessidades da repressão estatal. Além disso, a ‘defesa social’ é um dos laços que permitem tecnicismo e positivismo encontrar-se no âmbito de reformas institucionais.

Na sequência da argumentação, Hungria insiste na crítica à retórica tribunícia e ao despreparo dos jurados para não se deixarem levar por ela (HUNGRIA, 1956, p. 9), e a ênfase na defesa social faz com que ele se preocupe mais com a retórica dos advogados de defesa, que falam por último e seriam, por isso, mais capazes de conseguir uma absolvição:

O ‘monstro’ (...) descrito pela Promotoria Publica vai, aos poucos, pelo “passe de mágica” da defesa insidiosa e eloqüente, sempre a falar por último, adquirindo asas de anjo, véu de serafim, auréola de santo, fardão de benemérito, e o resultado é sabido: absolvição unânime e *com louvor*. (HUNGRIA, 1956, p. 9)

Ao discutir a distinção entre direito e fato, a obsessão pela defesa social mais uma vez faz pender as críticas mais fortes à retórica da defesa:

(...) ainda que fosse viável a distinção entre fato e direito, qual a utilidade de reservar a apreciação daquele ao júri, se, ao fim de oito horas de palavrório sonoro, o fato se apresenta à percepção e ao espírito dos jurados inteiramente outro do que realmente ocorreu, totalmente diverso do constante nos autos, não passando, já então, de um

“ente de razão” criado, artificialmente, pela sofisteria e lances teatrais do defensor, que sempre merece do júri mais crédito que o promotor, contra quem há a prevenção de que somente acusa por dever funcional. (HUNGRIA, 1956, p. 11)

Contra o argumento do “povo distribuindo Justiça”, Hungria procura reduzi-lo ao absurdo, e se pergunta por que não se defende a participação popular em todos os assuntos de administração do Estado? (HUNGRIA, 1956, p. 9). A única conclusão possível, para Hungria, é que a manutenção do júri dever-se-ia unicamente ao interesse particular dos advogados criminais e ao “coronelismo de aldeia”:

(...) o povo não se preocupa em que se lhe de, ou não, a prerrogativa de julgar. O júri só lhe interessa como espetáculo, como show, como tablado de rink (...). O ‘coronelismo’ de aldeia e o unilateralismo interesseiro dos advogados criminais é que bradam pela manutenção do júri soberano, para que não cessem os seus proveitosos triunfos eleitorais ou profissionais (HUNGRIA, 1956, p. 9).

Depois de destilar uma série de argumentos muito comuns ao positivismo criminológico, Hungria retoma aquilo que considere anteriormente um pilar fundamental da argumentação tecnicista contra o júri, isto é, a efetividade judicial das leis penais: “O júri, na realidade prática, é a anomalia de um sistema instituído e montado para violar impunemente as leis, sem estar obrigado, sequer, a fundamentar seus julgados.” (HUNGRIA, 1956, p. 10)

4.5 Os contextos

No texto mais antigo de Hungria, a articulação entre os argumentos positivistas e tecnicistas é bem mais fraca porque ainda era muito recente a memória dos usos tribunícios das próprias teorias positivistas, no seio do mal fadado, segundo ele, debate das escolas penais. Em 1956, essa memória, talvez, já não era tão forte, e Hungria pôde direcionar todas as suas energias contra os argumentos “liberais”, utilizando todos os estratos semânticos possíveis do “imaginário anti-

júri”, incluindo aqueles do positivismo criminológico. Os argumentos fundados na autoridade da ciência e na autoridade da lei convergem, ao final da estrada, na apologia do especialista, do técnico, compreendidos em sentido genérico, não necessariamente técnico no sentido mais particular do tecnicismo jurídico-penal.

Apesar disso, a distinção entre essas duas séries de argumentos não é inócua, pois, de outro modo, não seria possível dar a devida consideração aos diferentes contextos históricos pressupostos por Hungria. O primeiro é composto pela preocupação com: a) os usos tribunícios do positivismo criminológico; b) a afirmação do tecnicismo jurídico-penal; c) os “malefícios” do próprio debate das escolas penais; d) as disputas de espaço entre magistrados e médicos no campo jurídico-penal, onde o positivismo criminológico tendia a aumentar o espaço destes últimos (ALVAREZ, 1996; RIBEIRO FILHO, 1994). Além, é claro, da contraposição em relação aos argumentos “democratico-liberais” a favor do júri. Já o segundo contexto no qual se move o texto de 1956 é assaz diferente, pois, embora os argumentos sejam fundamentalmente os mesmos e redutíveis a um mesmo esquema teórico, a própria repetição também chama a atenção do historiador.

O próprio texto traz as marcas das mudanças que merecem ser destacadas. A começar pelo uso mais despreocupado de argumentos muito característicos do positivismo criminológico para atacar o júri. Este é o sinal mais eloquente de que, para Hungria, o contexto já não é mais aquele do embate contra os usos tribunícios do positivismo criminológico ou do confronto contra o debate das escolas penais. Interpõe-se, entre a conferência de 1942 e o texto de 1956, a queda do Estado Novo, o advento da Constituição de 1946. Neste novo ambiente, o decreto-lei 167 de 1938 já não é mais o ponto de partida para uma etapa superior da ciência do direito penal no Brasil, mas a recordação de uma evolução interrompida e caluniada por aqueles que a consideraram fruto de uma concepção fascista. O art. 141 § 28 da Constituição de 1946 (e a sua respectiva lei de regulamentação) é o alvo privilegiado - quase exclusivo, se compararmos com os diversos alvos atingidos por Hungria na conferência de 1942.

Nos dois textos há o claro tom polêmico e arguto que marcou aqueles que conheceram Nelson Hungria⁴⁹, mas o segundo é muito mais melancólico, por assim dizer. Evidentemente, porque as transformações no direito positivo não acompanharam as suas convicções como outrora, mas também porque o embate contra uma norma positivada, para um tecnicista como Hungria, é particularmente difícil, pois o coloca no limite (talvez além) daquilo que ele próprio considera o papel essencial de um jurista. Basta lembrar-se dos ataques que o mesmo Hungria lançou contra aqueles que criticavam excessivamente o Código Penal de 1890, pouco contribuindo para a sua prática aplicação e traindo os seus deveres como juristas. Na medida em que o tecnicismo de Hungria procurou afastar a “crítica” do coração da ciência do direito penal, reduzindo-o a “meras sugestões ao legislador”, epifenômeno da dogmática, a altissonante crítica de Hungria, em 1956, ao referido artigo da Constituição de 1946, adquire esse traço melancólico, pela marginalidade que este brado teoricamente ocupa em seu esquema de pensamento.

4.6 O “arquivo escondido”

Ainda a respeito do que revela essa oposição de Hungria à nova disciplina do júri em relação ao seu pensamento jurídico, além da “melancolia”, vem à tona o “arquivo escondido” do tecnicismo.

As críticas de Nelson Hungria ao júri não provêm de uma simples posição política pessoal, mas são consequências extraídas da sua concepção de direito. Ou seja, Hungria não pede licença ao “jurídico” para falar de “política” quando critica o júri tal qual estava positivado em 1956. Esse é o instante em que o seu tecnicismo descola-se daquilo que deveria ser a sua necessária base legislativa, e, como sistema transformado em modelo, possibilita que o jurista Hungria possa opor-se à legislação positiva. Em relação ao júri depois da queda do Estado Novo, não há um mínimo denominador comum (político) entre o

⁴⁹ René Ariel Dotti, por exemplo, cita a saudação de Evandro Lins e Silva quando da aposentadoria de Nelson Hungria no Supremo Tribunal Federal onde era mencionada a “veemência da linguagem”, as qualidades de polemista exímio com “eloquência faiscante e dialética contundente” do ministro (DOTTI, 2003, p. 205)

sistema transformado em modelo de política legislativa e a disciplina positiva do instituto em questão, de modo que o embate a partir do “arquivo escondido” de Hungria redundou na forte oposição do artigo de 1956. Muito embora o tecnicismo seja bastante dúctil – particularmente na tentativa de sempre acompanhar a legislação positiva – a nova disciplina do júri chocava com alguns princípios básicos do pensamento jurídico de Hungria.

O objetivo fundamental do tecnicismo, não só na versão de Nelson Hungria, era colaborar com os juízes para uma adequada aplicação da norma positivada, conseqüentemente, um jurado, que não tem o conhecimento da ciência jurídica, correria sempre o risco de não aplicá-la corretamente, elidindo a sua efetividade judicial, bem como a defesa social colocada como objetivo político final de todo o sistema penal. É nesse sentido que a nova disciplina do júri, retomando princípios daquilo que Hungria considerava um anacrônico e indesejável liberalismo, perturbava as bases mais profundas do tipo de saber jurídico que ele advogava; bases que adquiriam, nessas condições, algum valor prescritivo, muito embora se tratasse, agora, de um embate contra a lei positiva: em tese, o limite do tecnicismo.

Os últimos anos de vida de Hungria teriam sido marcados por alguns repensamentos. Segundo René Ariel Dotti, Nelson Hungria teria revisto, parcialmente, a “sentença de maldição lançada contra o júri, admitindo a grandeza dos debates do tribunal popular” (DOTTI, 2003, p. 218-219). O marco dessa virada seria a carta-prefácio de Hungria ao segundo volume do livro “Os Grandes Processos do Júri” de Carlos Araújo de Lima. Segundo Hungria, esse livro encerraria um “notável trabalho de fixação da “poeira de ouro” da eloquência que vocês, oradores do tribunal popular, espalham perdulariamente ao vento” (HUNGRIA [1953] 1996, p. vii). Sublinhemos, porém: Hungria refere-se à “poeira de ouro”; o próprio livro pretende trazer os *grandes* processos do júri. Naquela época, o livro “Comentários ao Código Penal” de Nelson Hungria já era famosíssimo, tanto é que era muito citado também nos debates do júri, e a carta termina fazendo referência a esse fato: “sinto-me tão envaidecido com isso que chego quase a me reconciliar com o tribunal do povo...” (HUNGRIA [1953], 1996, p. vii. Grifo meu). O “quase” desta penúltima frase da carta deve ser enfatizado, pois, em comparação com a grandeza da “sentença de maldição”, com o vínculo bastante estreito entre as críticas ao júri e a

concepção de direito de Hungria, o tom positivo que ele adota em relação ao tribunal popular na referida carta-prefácio deve ser bem sopesado. Além disso, uma questão factual: a altissonante crítica do artigo “A justiça dos jurados” é de 1956, enquanto a carta-prefácio é de 1953, logo, essas palavras mais mansas não bloquearam os duros golpes de três anos depois. Portanto, na conclusão de Dotti, devemos sublinhar com força a palavra ‘parcialmente’.

Onze anos antes da carta-prefácio encontramos, ainda, outra esfumatura interessante do pensamento de Hungria. É preciso lê-la ao contrário, porém, pois ele se refere ao magistrado togado. No seu discurso de posse como desembargador do Tribunal do Distrito Federal, Hungria afirmou que

ao juiz não se faz mister inteligência privilegiada ou farta munição de cultura. O que lhe é necessário, antes de tudo, é o espírito de ponderação, o ritmo psíquico, o equilíbrio moral, numa palavra: o bom senso. (...) O bom senso, o avisado e lhano bom senso dispensa os raciocínios sutis e os arabescos da dialética (...) Os complexos tratados de sabedoria jurídica e psicologia judiciária não valem por certo, as sentenças de Sancho Pansa na ilha da Barataria (HUNGRIA, 1944, p. 572)

Essas críticas de Nelson Hungria a determinados erros dos juízes togados não podem senão lembrar o modelo por antonomásia de justiça penal: o júri. Exatamente o júri era defendido por ser lugar do bom senso em oposição ao mecanicismo formalista do juiz togado; exatamente os tratados de psicologia judiciária eram invocados pelos positivistas como razão primeira para não confiar a juízes leigos a justiça penal. Porém, as críticas de Hungria ao “juiz técnico-apriorístico”, ao “juiz-burocrata” (HUNGRIA, 1944, p. 573), devem ser bem compreendidas. O contexto, em 1944, é bastante favorável: o júri parece controlado através das mudanças introduzidas pelo decreto-lei de 1938, e, posteriormente, pelo Código de Processo Penal de 1941. Criticar certo tipo de postura da magistratura togada arriscando a aproximar-se do júri parece não preocupar, tanto é que esse problema não aparece no discurso de Hungria. Além disso, ele não exclui a

necessidade de conhecimentos técnicos por parte do juiz. O bom senso não substitui a técnica, mas opera como “salutar limite”, principalmente em relação ao juiz no exercício do seu trabalho que é prático, e não teórico, em última instância. Nas palavras de Hungria,

longe de mim afirmar que o juiz não deve ilustrar-se, consultando a lição doutrinária e pondo-se em dia com a evolução jurídica; mas, se ele se deixa seduzir demasiadamente pelo teorismo, vai dar no carrascal das *subtilitates juris* e das abstrações inânes, distanciando-se do solo firme dos fatos, para aplicar, não a autêntica justiça (...) mas um direito cerebrino e inumano (HUNGRIA, 1944, p. 573)

A questão, para Hungria, é claramente quantitativa: se a apreciação da personalidade do criminoso não é adequada para o júri porque demanda saberes especializados, o juiz togado também não pode exagerar; se a doutrina jurídica é passagem obrigatória para um magistrado, não se pode exagerar nem mesmo aqui, pois seu compromisso é com a lei e com a prática administração da justiça penal. Aliás, a própria doutrina jurídica não pode exagerar: ainda dentro de uma perspectiva tecnicista, Hungria criticava os “excessos da lógica formal”, que trairiam, também, os objetivos práticos da concepção de saber jurídico do próprio tecnicismo (HUNGRIA, 1940; 1942; 1949).

O tema do júri vai aparecer novamente na famosa campanha de Hungria, em 1959, contra a pena capital imposta a Caryl Chessman, no Estado da Califórnia, EUA. Segundo Nelson Hungria, Chessman teria sido vítima do excesso de rigor de um júri “composto quase exclusivamente de mulheres, tiroidianamente emotivas e aprioristicamente inclinadas à vingança dos imputados assaltos contra moças indefesas”. Tendo se defendido sozinho, “alheio aos truques tribunícios”, Chessman teria capitulado diante do “terrivelmente hábil promotor Miller Leavy” (HUNGRIA *apud* DOTTI, 2003, p. 234)⁵⁰.

⁵⁰ O texto é reproduzido na íntegra por René Ariel Dotti, trata-se da prolação de Nelson Hungria no Centro Acadêmico da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em maio de 1959 intitulado “Um condenado à morte”.

Extraíndo ensinamentos contra aqueles que pretendiam reintroduzir a pena capital no direito penal brasileiro e criticando, mais uma vez, o júri, Hungria afirmava:

Quando se tem conhecimento de casos como o de Chessman, que, em virtude de certos indícios e uma confissão que ele insiste em declarar extorquida pela violência, foi condenado à pena última pela justiça emocional do júri, sempre disposta a atirar, do alto da varanda de Pilatos, bodes expiatórios à multidão sedenta de vingança, é que se vê como estão distanciados da verdadeira solução do problema da grande criminalidade esses que, entre nós, presentemente, insistem em querer introduzir o assassinio oficial entre as sanções do nosso Código Penal comum. (HUNGRIA *apud* DOTTI, 2003, p. 229. Grifo meu)

Além do uso do velho estereótipo da emotividade feminina, vale sublinhar alguns outros aspectos que têm interesse para o desenvolvimento do tema deste trabalho: entre os “ódios vingativos” e os “ditames de piedade” que afligiriam o júri, aqui a preocupação recai, naturalmente, nos ‘ódios vingativos’; a “sentença de maldição” contra o júri é reafirmada, mais uma vez, quatro anos depois das palavras mais mansas da carta-prefácio citada anteriormente.

Embora a questão da pena de morte no pensamento de Nelson Hungria não seja o objeto deste trabalho, ela deve ser considerada aqui, por um momento, em relação ao que foi dito sobre o “arquivo escondido” do tecnicismo, isto é, da sua capacidade de, em alguns momentos, transformar-se de modelo descritivo a modelo prescritivo em relação à legislação positiva. Uma campanha contra a pena de morte, em um primeiro momento, poderia parecer mais um desses momentos, já que encontramos, no caso, um jurista tecnicista colocando em suspenso, por assim dizer, a sua função primordial de colaborar na correta aplicação judicial das normas positivas, em nome de um empenho cívico. No caso das críticas ao júri, porém, este empenho provinha claramente da sua concepção de direito tecnicista, do seu modelo de método jurídico. No caso da pena de morte, esse vínculo já não é tão claro - se existe é muito mais frágil em comparação com a questão do júri. O lugar dos juristas, a especificidade do ‘jurídico’ e do seu saber

não são ameaçados pela permanência ou não da pena de morte no ordenamento jurídico.

Evidentemente, a discordância do jurista em relação a determinadas soluções do ordenamento jurídico é prevista pelo esquema tecnicista. Depois da exegese da norma já posta, depois da reconstrução dogmática do sistema existente, sucede, é verdade, a terceira fase: a crítica⁵¹. Crítica, porém, que em comparação com o momento da “reconstrução dogmática do sistema” é claramente marginal: não passa de “meras sugestões ao legislador” (HUNGRIA, 1942, p. 8). O caso da pena de morte e o embate contra o júri mostram, porém, que essa crítica pode adquirir tons diferenciados. A diferença, aqui, é o vínculo mais ou menos estreito com a própria concepção de direito tecnicista. É melhor dizer, portanto, que o tecnicismo enquanto tal transforma-se em modelo prescritivo muito mais no caso do júri.

4.7 Os magistrados

Retornemos, agora, às reformas penais levadas a cabo pelo Estado Novo e que tiveram a participação decisiva de Nelson Hungria. O outro lado da desconfiança para com os jurados, é a grande confiança nos juízes togados, como é óbvio. As metáforas ao falar de um tribunal togado são simetricamente invertidas. No já citado discurso de posse como desembargador no Distrito Federal, Hungria evoca o seu antecessor como exemplo “de uma justiça imparcial e discreta, sem medo e sem mácula, sem guizos e sem lentejoulas” (HUNGRIA, 1944, p. 571). A simplicidade deste dado, porém, não pode obscurecer a relevância dele para a compreensão do imaginário codicístico que

⁵¹ Essa terceira fase (“crítica”), de fato, é bastante trascurada por Hungria nos seus textos metodológicos, muito embora existam referências esparsas acerca da existência desse momento ao longo da argumentação. De qualquer forma, essas três fases que constituem a dogmática jurídica tecnicista (1. exegese; 2. reconstrução dogmática do sistema ou dogmática em sentido estrito; e 3. crítica) é claramente delineada pelo expoente do tecnicismo italiano Arturo Rocco (1910), que é de onde Hungria empresta esse esquema, bem como a “domesticação” e marginalização do momento “crítico” e “reformista” da ciência do direito penal.

Hungria trazia consigo como participante ativo das principais reformas empreendidas na época.

No código penal de 1940 o princípio da legalidade como vinculação do juiz exclusivamente à lei é reafirmado; o tecnicismo aparece como importante complemento dessa concepção colocando-se como elo entre a lei e os magistrados, isto é, a reconstrução dogmática do sistema deveria servir a uma aplicação cada vez mais correta da lei positiva. Apesar dessa vinculação do juiz à lei; apesar dos constrangimentos que a magistratura pode sofrer em um período ditatorial; tanto o código penal de 1940 quanto o código de processo penal de 1941 ampliam o espaço do magistrado.

Em 1938 Nelson Hungria já adiantava que o projeto de código de processo penal evitaria formalismos que atrapalhariam a apreciação do conjunto probatório com regras *a priori* de avaliação, bem como garantiria os poderes do juiz para a produção das provas que julgasse necessária (HUNGRIA, 1938, p. 223). Explicando o novo código penal, o ministro Francisco Campos enfatizava o papel fundamental dos juízes na aplicação da pena, e, conseqüentemente, na perfeita consecução da defesa social:

O sistema de penas era, igualmente, inadequado. Fugindo à rigidez e à indeterminação da pena, o novo Código adotou o compromisso da individualização da pena, dando, assim, ao juiz uma larga margem de apreciação das circunstâncias e dos motivos do crime, bem como da personalidade do criminoso. (...) O traço (...) que situa melhor o Código Penal no domínio da justiça é o grande crédito que ele abre à capacidade intelectual e moral dos juízes, confiando à retidão da sua inteligência e do seu caráter todo o mecanismo repressivo e preventivo da criminalidade. A pena a ser aplicada depende do juiz. Não há uma pena rígida. Entre o mínimo e o máximo o juiz determinara a pena adequada ao criminoso. O destino deste Código é o que lhe derem os juízes. Maior não podia ser a confiança do governo na Justiça do Brasil. (...) Além disto, o Código Penal se deve em grande parte à Justiça. Os colaboradores do Governo na obra de

codificação foram buscados na Justiça.
(CAMPOS, 1941, p. 216)

Embora se trate de um discurso marcado pela retórica adequada ao seu público de magistrados, não parece equivocado, a partir destas palavras do ministro Campos, retomar a hipótese do código “de e para” juristas (aqui, no caso, mais especificamente juristas-juízes). Ainda sobre o espaço deixado aos juízes na codificação, também Nelson Hungria apontava que “é concedido ao juiz, na aplicação da pena, uma grande latitude de arbítrio” (HUNGRIA, 1941b, p. 219).

Dois códigos, portanto, que, apesar do vínculo do juiz à lei, partem do pressuposto da confiança nos juízes para a realização da defesa social. Confiança em vários sentidos: na compreensão do texto legal, na sua aplicação, que se consubstancia, basicamente, no regime de apreciação de provas que enrijecia o que a processualística costuma chamar de “processo inquisitório”, bem como na margem de arbítrio para a individualização da pena.

O problema do espaço para os juízes na aplicação da lei (em sentido moderno), em si mesmo, não é novo. A questão já se colocava desde os primórdios das codificações modernas. Muito cedo apareceram os problemas de pretender amarrar muito estritamente as mãos dos juízes, de maneira que as versões mais radicais do juiz “*bouche de la loi*” (com penas rigorosamente determinadas pela lei, por exemplo) logo deram espaço a versões mais flexíveis no interior da nova concepção de legalidade moderna (CAVANNA, 1975, p. 226-244). Para dar um exemplo francês – o “laboratório da modernidade” (GROSSI, 2007) – o código penal de 1810 já abandona o sistema de penas fixo (CAVANNA, 2005, p. 595). Apesar desses recuos, porém, importa sublinhar que a idéia clássica de codificação, de uma forma ou de outra, presta contas à chamada ‘ideologia anti-jurisprudencial’. Isto é, o controle da magistratura não deixa de ser um dos elementos que dão sentido ao empreendimento codificador, muito embora se reconheça que esse controle nem sempre deva ser tão estrito. Em suma, a ideologia anti-jurisprudencial é o húmus que alimenta essa primeira fase da idéia moderna de codificação, na sua versão “clássica”, ainda que a sua incidência nas experiências particulares possa variar.

A diferença de ênfase entre as duas pontas da experiência moderna é bastante clara: neste íterim, os juristas como classe profissional específica fizeram do problema da codificação algo que lhes

pertence como tal, o que não era assim tão óbvio na segunda metade do séc. XVIII - basta lembrar os juristas-legisladores da Revolução Francesa que não se identificavam, na função de legisladores, como juristas (CAVANNA, 2005); ou de Jeremy Bentham que pensava o *pannomion* (código completo de legislação) como um dispositivo “anti-juristas” -, e, nesse processo, a ideologia anti-jurisprudencial deixou de ser um ponto de passagem obrigatório. Na década de 30 do sec. XX, a magistratura pode tranquilamente participar ativamente como grupo profissional específico no processo de codificação; o código se coloca como consolidador e sistematizador das questões enfrentadas nos tribunais: sinais de um imaginário codicístico relativamente alterado em relação àquelas primeiras formulações modernas da segunda metade do séc. XVIII.

Se Hungria preocupava-se tanto com a vinculação da doutrina com a lei, apesar da incidência da velha ideologia anti-jurisprudencial ser quase nula, o tema do vínculo do juiz à lei, do controle legal do arbítrio judicial não era inexistente. (HUNGRIA, 1935, p. 43). É possível afirmar este Hungria paga mais tributos à tradição liberal, preocupado, inclusive, com os excessos na aplicação da idéia de defesa social, colocando-se contra a aceitação da analogia em matéria penal de ordenamentos radicalmente defensistas como o soviético (HUNGRIA, 1935, p. 43). Lógica do compromisso? Sim, mas em relação a que? Em relação às experiências codificatórias brasileiras anteriores, a direção era claramente de reforço do código e do sistema penal como dispositivos de defesa social, direção com a qual concordava plenamente. Para tanto, apostava-se na ampliação do espaço de arbítrio da magistratura para que pudessem melhor exercer esse papel. A direção que se pretendia dar ao ordenamento brasileiro, portanto, era bastante clara. A retórica do compromisso – central, inclusive, na auto-representação do Estado Novo - não pode obnubilar essas inflexões impostas ao ordenamento penal brasileiro. O caráter compromissório das soluções adotadas deve ser levado em consideração, por outro lado, ao colocar lado a lado a experiência brasileira com outras reformas penais contemporâneas, como a soviética. O discurso de vários penalistas e de intelectuais do regime era, muitas vezes, gradualista: a diferença entre a ordem penal do Estado Novo e a soviética, entre o código penal brasileiro e o fascista, seria de ordem quantitativa, isto é, de maior ou menor distância tomada em relação ao liberalismo penal. Mas todos, de uma forma ou de outra,

estariam envolvidos na batalha contra o “excesso de garantias para os criminosos” em nome da defesa social. Já uma avaliação do valor historiográfico da representação gradualista – análoga àquela proposta por François Furet (1995) em relação ao conceito de totalitarismo – demandaria uma análise comparada que não cabe nos confins desta pesquisa.

* * *

A concepção de processo de Hungria, as fortes críticas ao júri, o espaço atribuído aos magistrados pelos textos do código penal e do código de processo penal, portanto, constituem a amarração de um pensamento que buscava a maior coerência possível entre as concepções de código/lei, saber jurídico e aplicação da lei. Uma determinada forma de conceber a relação entre esses três elementos que ainda marcam a postura considerada “tradicional” frente ao direito. Para operar o salutar distanciamento crítico em relação a este traço do imaginário jurídico-político que ainda nos atravessa é importante colocar em questão não só as “essências”, mas o modo como são construídas as relações, os “dentros” e os “foras”, que são constituintes do campo jurídico.

Muito embora o tripé legislação – juristas – tribunais já tenha sido completado, a atitude adequada diante do código poderia funcionar somente com o concurso de um ensino jurídico feito à imagem e semelhança do tecnicismo. Nelson Hungria pouco escreveu especificamente sobre o ensino do direito penal, mas, a análise a partir dos escritos de Roberto Lyra, nos jogos de claro e escuro com a concepção tecnicista de direito penal, pode ser um caminho possível para abordar o tema.

5 “VERBALISMO DE JORNAL”: O ENSINO DO DIREITO PENAL E A LEI EM ROBERTO LYRA (EXCURSUS)

“O lado doutor, o lado citações, o lado autores conhecidos. Comovente. Rui Barbosa: uma cartola na Senegâmbia. (...) Falar difícil. O lado doutor. (...) O bacharel. Não podemos deixar de ser doutos. Doutores. Pais de dores anônimas, de doutores anônimos. O Império foi assim. Eruditamos tudo. Esquecemos o gavião de penacho. (...)”

Mas houve um estouro nos aprendimentos. Os homens que sabiam tudo se deformaram como borrachas sopradas. Rebentaram.

A volta à especialização. Filósofos fazendo filosofia, críticos, crítica, donas-de-casa tratando de cozinha. A Poesia para os poetas. Alegria dos que não sabem e descobrem”

Oswald de Andrade

Depois de passar pelo júri, que completa o tripé lei – doutrina – tribunais, a análise dos problemas fundamentais que se colocavam em torno de uma idéia de codificação como a de Hungria chega quase ao seu termo. Porém, em uma longa tradição que atribui a reprodução e manutenção do direito e da prática jurídica ao ensino universitário, uma passagem pela concepção de ensino jurídico é muito útil para se perceber a profundidade e coerência do projeto tecnicista.

Mas por que eleger Roberto Lyra como objeto de análise deste capítulo? Justamente o penalista lembrado como o “contendor-mor” de

Nelson Hungria, que tantas vezes pronunciou-se contra o tecnicismo? Eis, então, a tese fundamental que será levada a cabo aqui: apesar da memória agonística dos embates entre esses dois penalistas, que costuma colocá-los em binários opostos perfeitamente simétricos, Lyra opera com uma duplicação do saber jurídico - o “científico” *versus* aquele a ser ensinado nas faculdades de Direito -, e, no plano desse saber “a ser ensinado”, a concepção de Lyra guarda fortes homologias com a concepção de ciência jurídico-penal de tecnicistas como Hungria. Considerando, ainda, que Nelson Hungria só deixou pequenas indicações esparsas acerca do ensino do direito penal, a análise dos textos de Roberto Lyra pode tornar-se muito mais profícua.

5.1 O ensino, a lei

Retomando alguns aspectos já abordados nos capítulos anteriores, lembremos que para Hungria o sucesso do novo código penal não estava vinculado somente ao acerto dos dispositivos legais em si, mas da atitude que a doutrina e os operadores jurídicos adotariam diante dele. O júri, segundo ele, seria um espaço por excelência de deturpação mesmo do melhor dos códigos. Antes da lei n. 167 de 1938, que limitava a competência e a soberania do tribunal popular, o ensino jurídico congenial a um sistema fortemente vinculado ao júri era criticado veementemente por Nelson Hungria:

Nas academias o estudante era doutrinado, de preferência, na desabrida crítica ao direito penal constituído e na inconciliável polêmica das “escolas” sobre o que devia ser, mais ou menos utopicamente, o novo direito penal. Nem era de exigir-se diversa orientação de ensino para formar bacharéis destinados a embasacar juizes leigos. Aos advogados criminais nada mais era preciso que cultivar o *gênero patético* ou o *estilo condoreiro* e imprimir a marca de ciência exata às lucubrações do *nihilismo* penal, cuja bandeira vermelha fora desfraldada por César Lombroso. (HUNGRIA, 1943, p. 14)

Como já visto, o positivismo criminológico também lutava contra a retórica bachaleresca, porém, o tecnicismo inauguraria novos “frontes”

na guerra contra o bacharelismo. Nesse ponto, Hungria denunciava a vinculação entre o próprio positivismo criminológico e a retórica. Na medida em que se inseria no debate das escolas penais, apesar de todas as críticas contra a retórica, o positivismo criminológico acabaria reproduzindo a mesma lógica que pretendia combater. Da mesma forma que a lei se tornaria o centro do saber jurídico-penal dentro do paradigma tecnicista, é a mesma vinculação à lei que é invocada como antídoto contra o bacharelismo. Se o positivismo enfatizava a ciência contra a retórica, o tecnicismo enfatizava a lei contra a retórica.

Qual o lugar de Roberto Lyra nesses embates? Assim como Nelson Hungria, Lyra teorizava a superação do “bacharelismo liberal”, resquício do Império: “Em vez do verbalismo peremptório, fátuo e pedante, que faz do jurista o pior dos leguleios, a compostura severa e cautelosa, mas substancial e progressista da ciência.” (LYRA, 1956, p. 62). Vale sublinhar, porém, que o argumento de Lyra contra o “verbalismo” é feito em nome da “ciência”, enquanto o escudo contra o “verbalismo”, em Hungria, é a “lei”, já que a ciência do “debate das escolas penais” também teria degenerado, segundo ele, em mais um capítulo de retórica vazia.

A partir daqui seria possível inventariar as grandes diferenças entre Hungria e Lyra do ponto de vista da metodologia jurídica. O grande problema estava na definição do objeto da ciência do direito penal. Para o tecnicismo jurídico-penal de Hungria, o trabalho do jurista começaria pela exegese da norma positiva; passaria, depois, pela sistematização dos resultados da exegese das normas em um sistema harmônico, que seria a fase dogmática em sentido estrito; e, por último, se fosse o caso, a fase de crítica (HUNGRIA, 1940; 1942 e ROCCO, 1910). Contra esse esquema tecnicista, como já visto nos capítulos anteriores, Lyra argumentava que partir dos textos em si condenava o jurista ao “formalismo dogmático”, ao “fetichismo das taboas”.

Isso não quer dizer que algumas aproximações com o tecnicismo fossem impossíveis. Em relação ao escopo prático da ciência do direito penal, por exemplo, Roberto Lyra está de acordo. Sobre a necessidade de uma adequada exegese da lei, ele também se alinha com Hungria. Porém, todos esses pontos, em Lyra, enquadram-se em uma concepção de ciência do direito marcada pela preeminência da sociologia criminal à *la* Enrico Ferri. Roberto Lyra acompanha os tecnicistas até a crítica à

metafísica filosófica, mas procura salvar, ao contrário, a sociologia (LYRA, 1946b).

Apesar da sociologia criminal, ao falar do ensino do direito penal, o tom de Roberto Lyra é claramente diferente: “(...) os bacharéis irão filosofar no curso de doutorado. Os primeiranistas de Direito Penal deixarão ao professor a escalada peripatética. Na aula, não! O tempo não chega, sequer, para viver o mínimo.” (LYRA, 1956, p. 13) Embora ele não abrisse mão de uma introdução propedêutica, um “sobrevôo panorâmico”,

depois da excursão nas alturas, procuro o chão para a incursão técnico-jurídica (parte geral e parte especial). A cadeira não é Sociologia Criminal ou Criminologia, mas Direito Penal. A fê científica aponta o alto, o fundo, o longe. O dever de professor, no entanto, prende-me ao chão da lei e do Direito (LYRA, 1956, p. 14).

A estrutura de ensino pressuposta por Lyra, isto é, o doutorado com objetivos claramente diferenciados da faculdade de Direito (bacharelado), remonta, não por acaso, ao projeto de reforma do ensino superior do ministro tecnicista Francisco Campos.

O projeto era dividido em três partes: uma que se referia à organização das universidades brasileiras, outra sobre a reorganização da Universidade do Rio de Janeiro e de todo o ensino superior, e a terceira sobre o Conselho Nacional de Educação (CAMPOS, 1931, p. 393). No segundo ponto, um dos temas tratados é o ensino do Direito. A estratégia inicial foi desdobrar o curso de Direito em dois: o bacharelado e o doutorado (CAMPOS, 1931, p. 401), e, assim, atribuir a cada um deles funções diferentes. Segundo o ministro Campos, “o curso de bacharelado foi organizado atendendo-se a que elle se destina à finalidade de ordem puramente profissional, isto é, que o seu objectivo é a formação de práticos do direito” (CAMPOS, 1931, p. 393). Já o curso de doutorado, “separado do curso de bacharelado (...), se destina especialmente á formação dos futuros professores do direito, na qual é imprescindível abrir logar aos estudos de alta cultura, dispensáveis áquelles que se destinam apenas á prática do direito.” (CAMPOS, 1931, p. 402).

É possível perceber com mais nitidez o significado dessa profissionalização encampada por Campos na sua argumentação pela supressão da cadeira de Direito Romano no curso de bacharelado. Para Campos, se o argumento pela manutenção do estudo Direito Romano era a importância dele para a compreensão do direito atual, seria melhor segundo ele, destinar mais tempo ao estudo das leis vigentes, e deixar o direito romano para o doutorado. Com essa mudança, seria possível, para ele, acrescentar um ano ao estudo do direito civil, pois, “no tempo que lhe é actualmente destinado, o estudo do direito civil não chega a abranger o dos institutos vigentes” (CAMPOS, 1931, p. 402). Bem se percebe, assim, como o direito positivo era o ponto central desse tipo de profissionalização que se pretendia atribuir ao curso de Direito.

Havia, ainda, o nó da filosofia do direito. É bastante conhecida a polêmica do tecnicismo jurídico-penal contra a filosofia e outras matérias que eram consideradas não especificamente jurídicas (como a criminologia), que seriam relegadas a um plano secundário na estrutura e dinâmica do saber jurídico-penal tecnicizado. No esquema tecnicista, o trabalho do jurista começaria com a exegese da lei positiva estatal, conclusões que deveriam levar a uma re-sistematização da ordem jurídica em institutos, construindo a ordem e harmonia global do sistema – que é a parte central, chamada de dogmática – para então, depois, se chegar à crítica, que seriam sugestões ao legislador, e onde os saberes dessas áreas auxiliares poderiam ter algum papel. Com isso, a criminologia, a filosofia do direito e outras “ciências auxiliares” eram domesticadas em nome da estabilidade da ordem jurídica constituída.

O suporte para esse tipo de saber deveria ser dado por um ensino construído a sua imagem e semelhança. Não é à toa, portanto, que o projeto Francisco Campos parece considerar a Filosofia do Direito uma disciplina mais adequada ao curso de doutorado – onde se poderia cultivar a “ciência desinteressada” –, enquanto no curso de bacharelado essa matéria deveria ser substituída pela Introdução à Sciencia do Direito, “colocada no primeiro anno como indispensável propedêutica ao ensino dos diversos ramos do direito (...) fornecendo as noções básicas e geraes indispensáveis à compreensão dos systemas jurídicos” (CAMPOS, 1931, p. 401). O que se percebe, mais uma vez, é a centralidade do direito positivo, e a autonomia do estudo filosófico do direito é reduzido a uma propedêutica à dogmática dos sistemas jurídicos positivo-estatais.

Da mesma forma, para Lyra, “O curso jurídico – bem ou mal, certo ou errado – destina-se à preparação para exercício profissional (...) e não para *lâureas dat Justinianum honorem*.” (LYRA, 1956, p. 36). É preciso sublinhar, porém, que estamos diante de um redimensionamento do significado das funções atribuídas ao bacharel em Direito. A “prática”, para Roberto Lyra, Francisco Campos ou Nelson Hungria, é a atividade vinculada aos tribunais, à aplicação da lei. Roberto Lyra reconhecia que essa era uma especificidade daquele momento. Ao criticar o enciclopedismo dos programas de ensino – outro elemento que podemos considerar “resquício” do bacharelismo imperial – Lyra fazia exatamente a comparação entre os objetivos do ensino entre os dois momentos históricos, interpretando-o, evidentemente, em termos de “evolução”:

não há razão administrativa [para conservar o cunho enciclopédico dos programas em geral], porque a organização universitária evolui, em todas as instâncias e através de todos os seus instrumentos, no sentido de contemplar as culminâncias, profundezas e as promessas científicas em cursos de extensão e especialização. (...) Não há, finalmente, razão prática para o enciclopedismo dos programas (...) porque o diploma destina-se ao exercício profissional (...). A Faculdade de Direito já não prepara privilegiados para a política e a administração pública. Na monarquia, os bacharéis eram os representantes letrados dos senhores. (LYRA, 1956, p. 8)

Prescindindo do julgamento evolutivo, o que importa aqui, em verdade, é o corte entre duas concepções de ensino do direito penal distintas: uma onde a atividade dos tribunais aparecia diluída no interior de tantas outras atividades – “a política e a administração pública” - consideradas igualmente “habitat natural” de juristas, e outra onde as funções vinculadas à aplicação da lei deveriam tornar-se o centro de gravidade exclusivo da formação jurídica. Em suma, Lyra deixa muito claro o embate contra o chamado “bacharelismo” e esposa as concepções que Francisco Campos já encampava na década de 30 por uma maior profissionalização do ensino do direito, entendendo a

atividade profissional como as carreiras especificamente jurídicas, em regra vinculadas aos tribunais, onde, portanto, expurgar do curso de bacharelado os elementos que pudessem macular esses objetivos era primordial. Um ensino jurídico profissionalizante, portanto, pretendia opor-se ao ensino jurídico “bachaleresco”.

No plano do ensino do direito penal, o embate contra o bacharelismo se dá não tanto em nome da ciência, do estudo científico do crime e do criminoso como fatos sociais, como propugnaria o seu positivismo criminológico, mas sim em nome da “lei”, o que o aproxima da argumentação mais caracteristicamente tecnicista, que, em Nelson Hungria, servira, inclusive, para atacar o próprio positivismo criminológico.

Se Lyra, na metodologia jurídico-penal, considerava um erro “partir dos textos em si”, já no ensino do direito penal, é pela lei que deve começar o estudo jurídico do Direito Penal: “(...) tal necessidade, além de técnica, é cívica. (...) A ignorância das previsões dos ilícitos, por exemplo, da parte dos órgãos dinâmicos da Justiça penal – as autoridades policiais e os promotores públicos – importa virtual revogação pelo desuso” (LYRA, 1956, p. 44), e, mais adiante, completa, “(...) manter a autoridade da lei é aplicá-la. E aplicá-la não pode ser revogá-la acintosamente, pelo repúdio.” (LYRA, 1956, p. 47) Não é difícil, a partir dessas passagens, lembrar das críticas de Hungria ao ensino que, descurando do texto do Código penal de 1890, transformava-o em um “espantalho ridiculamente desacreditado”.

Ainda defendendo o estudo centrado no sistema legal positivo, Lyra dizia que “o sistema legal contém, *em si*, um mundo de coisas. Os porquês estão nele mesmo, e as principais perguntas encontram nele a única resposta autêntica. A teoria oficial nasce da lei, de suas soluções, certas ou erradas, mas vigentes e imperiosas.” (LYRA, 1956, p. 111) Muito embora Lyra não fosse tão radicalmente contrário à chamada “interpretação judicial evolutiva”, essa passagem não pode senão lembrar, mais uma vez, as críticas de Hungria à inserção de teorias não positivadas nos tribunais para compensar os atrasos da lei escrita.

O cuidado com o código, com o texto legislativo era tamanho, e, ao mesmo tempo tão “em-construção”, que Lyra preocupava-se em atualizar, no último dia de aula, o “o exemplar do Código de cada aluno”, e, além disso, dizia ele, “ensino como mantê-lo em dia,

conservando aquele mesmo volume como lembrança evocativa e exemplar.” (LYRA, 1956, p. 239)

Para garantir essa centralidade da lei positiva no ensino do direito penal, Lyra sublinhava algumas estratégias que ele já havia utilizado na sua trajetória como professor universitário. Venho utilizando vários meios para estimular os alunos à leitura atenta e inteligente do Código Penal. Por exemplo, instituo prêmios para os que indicarem todos os dispositivos (assim hão de extremar o cuidado da pesquisa) relativos à família, ao sexo, à idade, ao estado civil, ao sentimento, à condição econômica, à capacidade eleitoral, etc. (LYRA, 1956, p. 53)

Na seqüência, Lyra descreve uma série de outros exercícios igualmente para estimular a leitura do código (LYRA, 1956, p. 55-58). A mesma estratégia era utilizada, ainda, no estudo da Parte Especial, onde o professor faria uma consolidação, ao final dos exercícios, cuja consequência seria expor e ilustrar “a magnitude histórica e técnica da Parte Especial” (LYRA, 1956, p. 99) (do código que ele próprio ajudou a confeccionar, vale lembrar). Ainda acerca da Parte Especial, na introdução aos seus esquemas de aula, Lyra enfatiza que eles deveriam ser capazes de “excitar a memória” (para as passagens da lei) e estimular o “apuro técnico” (LYRA, 1956, p. 131). A ênfase na memória também era uma característica central da formação bachaleresca, porém, de uma maneira diferente. Aqui, a memória é, essencialmente, um vínculo com o texto legislativo, a capacidade de conhecer a lei positiva e aplicá-la adequadamente. Não se trata, pois, como outrora, da capacidade de reunir improvisamente trechos e citações elegantes para performances orais nas tribunas (judiciárias ou políticas).

O estudo da jurisprudência, bem como da própria doutrina, poderiam transformar-se em graves riscos para a centralidade da lei no ensino do direito penal. Segundo Lyra, seria “antipedagógico, como no *cases system*, rebuscar exceções tormentosas até para os doutos ou curiosidades anômalas, atípicas, assistemáticas que, por isso mesmo, conduzem ao arbítrio. (...) Jurisprudência e doutrina não são a lei e, muito menos, o Direito.” (LYRA, 1956, p. 101). O uso de casos no ensino, então, seria inadequado por representar um perigo contra a

centralidade do texto legislativo na conformação do saber jurídico-penal “escolar”.

O fantasma do “polemismo” (atribuído à indesejada tradição bachaleresca do século XIX) também aparecia quando se falava do uso do método dos casos. Segundo Lyra, estudando a partir dos casos, “as aulas são discussões, a pretexto de que se destinam à formação de advogados. O professor levanta uma infinidade de dúvidas, perguntando sempre mais do que respondendo, se é que responde, e obriga todos os alunos à participação no debate.” (LYRA, 1956, p. 102) Apesar desses defeitos, Lyra aponta também a grande vantagem do uso dos casos, qual seja, a ênfase na “aptidão profissional”, que seria “propiciada ao máximo” (LYRA, 1956, p. 104). Por essa razão, Lyra defende o uso de acórdãos (e não casos inteiros), bem como a seleção de “decisões características e representativas” (LYRA, 1956, p. 104) para evitar as controvérsias que os casos difíceis trariam à tona. Na “polêmica” apareciam os fantasmas da formação bachaleresca, da retórica enganadora, do palavreado que, nas palavras de Tobias Barreto, “corrompem os estudos sérios”. Mais uma vez invocando a diferença entre os cursos de bacharelado e de doutorado, entre a ciência jurídico-penal e o saber jurídico-penal a-ser-ensinado, Lyra afirmava que “aquele curso [de bacharelado] não forma juriconsultos. Caminhemos, inicialmente, pela calçada da lei, que é a firme e reta, fugindo o mais possível, ao meio da rua das polêmicas, entre veículos, rixas e correrias.” (LYRA, 1956, p. 52) Para a formação do bacharelado, o importante seria conhecer as orientações positivadas na lei: “quem aprofunda a mecânica das controvérsias desdenha o primarismo, da impropriedade e da inconseqüência das indagações respondidas, às vezes, com resoluta e obstinada inocência, sobre as teorias por que teria optado o legislador”. (LYRA, 1956, p. 63)

Nos exames, colocava-se o mesmo problema de evitar a profusão da retórica: “o principal é evitar o derramamento e a dispersão verbais, o esconderijo e fuga da ignorância da matéria ou do ponto.” (LYRA, 1956, p. 73) Para tanto, seria necessário que as perguntas fossem mais fechadas de modo a desestimular “o verbalismo de jornal, a excitação panfletária, o improvisado profano.” (LYRA, 1956, p. 115). O esquema de exames propugnado por Lyra, à imagem e semelhança da sua concepção de ensino do direito penal, mostra-se diametralmente oposto àqueles do chamado “paradigma eloqüente”, geralmente orais, e com temas

suficientemente abertos para que o aluno pudesse, ao contrário, dar vazão às suas capacidades retóricas (PETIT, 2000).

Ainda em relação às distâncias com a formação bachaleresca do séc. XIX, interessante sublinhar que Lyra usa exatamente a expressão “verbalismo *de jornal*”, uma evocação - talvez consciente - da centralidade da atividade jornalística entre os alunos da faculdade de Direito do Largo São Francisco durante o Império e estudadas por Sergio Adorno (1988). Vale lembrar que esse tipo de atividade, embora aparentemente pouco jurídica, estava estreitamente vinculada àquilo que se considerava, na época, a figura do jurista como aquele que domina a retórica, que discute questões públicas, seja nas tribunas judiciárias ou nas assembléias políticas.

Ainda sobre a polêmica e a retórica, resta analisar como Lyra resolve o problema do júri. Ao contrário de positivistas como Viveiros de Castro, Lyra era um positivista que, como Evaristo de Moraes, defendia o tribunal popular. Como salvar o júri das acusações - como aquelas de Hungria - segundo a qual ele seria o lugar por excelência de reprodução de um ensino do direito penal retórico, emocional, pouco comprometido com as leis positivas? Muito embora Lyra fosse um ferrenho defensor do tribunal popular, no plano do ensino do direito penal, ele reconhecia que os “júris simulados” não tinham o efeito pedagógico desejado, e trazia efeitos colaterais bastante relevantes: “cada vez mais descrente quanto aos júris simulados (e quantos realizei!), porque, sem rendimento pedagógico, atíça a vaidade sem autocritica e o eleitoralismo interno” (LYRA, 1956, p. 238). Nem por isso Lyra era absolutamente contra “simulações” de um modo geral, pois elas, por outro lado, também reforçavam o vínculo que o ensino jurídico deveria ter com a prática profissional:

(...) a simbolização do clima forense, a simulação da atmosfera profissional (policial e judiciária) que, desde logo, envolve o aluno, dinamicamente, com sua terminologia e seu estilo, com suas questões concretas, aprofunda, adensa, inflama e especializa o interesse por elas, habilita a colocá-las e resolvê-las, prepara, instrui, aplica o senso jurídico e a sensibilidade técnica. (LYRA, 1956, p. 37. grifo meu)

Sem entrar em todos os argumentos de Lyra sobre o júri – o que seria uma pesquisa à parte –, importa sublinhar que qualquer simulação no âmbito do ensino do direito penal deveria suscitar a “sensibilidade técnica”, pois, “sem a base legal de que valeriam a imaginação, o tato, a eloquência, a combatividade, a operosidade (...) Mesmo perante o júri, depois dos rugidos oratórios e dos golpes emocionais, é o quesito formulado de acordo com a lei que arrancará o *veredictum*.” (LYRA, 1956, p. 49). Em suma, Lyra confia e aposta no júri; em um júri “blindado” das mazelas da eloquência (isto é, do bacharelismo do séc. XIX); no círculo virtuoso entre um ensino fundado nas exigências da adequada aplicação da lei e um tribunal popular protegido da retórica que distorcia a técnica.

5.2 A “seiva sociológica”, a ciência (metalegislativa)

A homologia entre o saber jurídico-penal a ser ensinado de Lyra e o saber jurídico-penal do tecnicismo não é, porém, absolutamente completa. As críticas de um Nelson Hungria ao debate das escolas colocavam em xeque a própria utilidade de uma introdução “extra-legislativa” ao estudo do direito penal. Aníbal Bruno também reconheceu o problema e se posicionou a favor de uma introdução propedêutica com as “escolas penais” (BRUNO, 1943). Da mesma forma, Roberto Lyra reconhecia essa necessidade (LYRA, 1956, p. 3), e, em uma eloquente comparação, afirmava: “Aquela advertência esculpida no friso da Academia de Platão – ‘aqui não entra quem não for geômetra – sugere para o pórtico das faculdades de Direito esta inscrição: aqui não entra quem não for sociólogo.” (LYRA, 1956, p. 4) Nesses pontos, a polêmica com a aplicação pura e simples do esquema tecnicista aparece: embora a concepção de direito penal a-ser-ensinado em Roberto Lyra aproxime-se (e muito) da concepção geral de ciência do direito penal do tecnicismo de um Nelson Hungria, Lyra faz cântico aos autores que ainda defendem a necessidade (como Aníbal Bruno) de uma introdução (“panorâmica”, sublinhe-se), antes de entrar na técnica jurídica propriamente dita e no estudo das leis em particular. Depois dessa introdução, segundo Lyra, “o aluno estará em condições de receber os ônus técnicos da Parte Geral.” (LYRA, 1956, p. 20) A exclusão da parte propedêutica não foi recepcionada nem por tecnicistas como Francisco Campos, no seu projeto de reforma do ensino superior

da década de 30. Ou melhor, a parte propedêutica aparecia como a substituta adequada para a filosofia do direito, para os saberes puramente extra-jurídicos, já que ela serviria como adequada introdução ao sistema legal positivo. Em Roberto Lyra, a introdução à parte geral é mantida com a finalidade de definir claramente a matéria a estudar:

a introdução – o próprio nome está a gritar – apresenta o quadro geral, sem o qual não se define a matéria a estudar (...). Mas, ao penetrar na economia interna do Direito, impõe-se o apêgo ao normativo e ao institucional. (...) O curso, insistamos, é de Direito Penal e não de Sociologia Criminal ou Criminologia. Indispensável, pois, aterrisar para a exploração da superfície jurídica. (LYRA, 1956, p. 28)

Reproduzindo uma polêmica que Lyra travava no âmbito dos fundamentos do direito penal contra o tecnicismo, deveria haver, mesmo assim, uma limitação dos exageros da dogmática técnico-jurídica, e, no lugar dessas sobras, deveria entrar a “seiva sociológica”:

A Parte Geral impõe a adoção, não do método técnico-jurídico, mas de método jurídico. (...) a técnica prescinde dos valores lógicos, visando a fim prático. Por isso mesmo, pode-lhe as vegetações dogmáticas e enxerto-lhe a seiva sociológica utilizável amanhã na provocação profissional do arbítrio individualizador e das soluções que a própria lei confiou à elaboração jurisprudencial. (LYRA, 1956, p. 31)

De qualquer forma, é verdade que esses embates contra o tecnicismo têm menos importância no âmbito do saber jurídico-penal escolar, pois, nos pontos básicos, isto é, centralidade da lei na constituição desse saber, profissionalização (centralidade da prática dos tribunais na constituição desse saber), e mesmo na limitação da incidência dos saberes sociológicos, criminológicos, antropológicos e médicos, a homologia com a concepção de saber jurídico-penal tecnicista é praticamente completa. Ou seja, no plano tido como mais “baixo” do ensino, as tensões entre essas correntes teóricas tende a ser

mais baixo, pois Lyra duplica o saber jurídico-penal em dois níveis, aquele do bacharelado e o do doutorado (saber escolar *versus* saber científico), e as dissensões ficam mais reservadas a esse plano dito mais “alto”, que deveria manter uma distância segura do ensino regular nas faculdades de Direito.

Ainda quanto às exceções ao “meramente técnico”, restava a parte da adaptação das sanções na execução penal, onde, para Lyra, “cabem as luzes antropológicas” (LYRA, 1956, p. 29), já que o tecnicismo teria relegado esse campo para o meramente administrativo (LYRA, 1946b, p. 167). Na continuação, mesmo assim, Lyra, ressalta: “mas, concentro-me no sistema legal, em estudo invencivelmente, irresistivelmente *jurídico*.” (LYRA, 1956, p. 29) Continua sempre muito clara, de qualquer forma, a necessidade de “não confundir o método de ensino com o método da ciência que se ensina.” (LYRA, 1956, p. 40) Para tanto, Lyra reorganiza a ordem do saber penal: “no ensino, sobretudo a infantes na matéria, primeiro, o conhecimento da lei em si; segundo, o entendimento da lei para aplicação e interpretação judicial; terceiro, a interpretação, aí sim, evolutiva, livre, pura e crítica.” (LYRA, 1956, p. 59).

Compreendamos bem, então, essa passagem de Roberto Lyra que tanto se parece com o esquema do saber jurídico-penal tecnicista. Encontramos nesse trecho de Lyra a mesma centralidade tecnicista da aplicação judicial da norma como baricentro do saber jurídico-penal, bem como a ordem tecnicista do saber penal dividido em simples exegese, complementada pela sistematização dos princípios inscritos na ordem positiva estatal, e a posterior e eventual crítica de institutos específicos para futuras reformas. Da mesma forma que a crítica é domesticada no saber penal em geral pelo esquema tecnicista quando colocada nessa terceira fase, e não mais marcando todo o trabalho do penalista, tal qual no século XIX (SBRICCOLI, 1990), em Lyra, a terceira fase, da interpretação livre, só deveria aparecer em “luzes episódicas” (LYRA, 1956, p. 61). Se continuarmos com a comparação, a verdade é que Lyra desdobra aquilo que seria a segunda fase do esquema tecnicista (da sistematização ou dogmática propriamente dita). O segundo degrau do saber jurídico escolar é constituído pela interpretação *judicial* das normas. Ou seja, “o estudo da lei implica, sempre o da doutrina... da lei ou da doutrina resultante da interpretação judicial autorizada.” (LYRA, 1956, p. 69). A “doutrina da lei” ou a

“doutrina da interpretação judicial”, e não a “doutrina em si”. Com isso, ficaria garantida a ênfase na profissionalização característica do bacharelado em Direito.

Por outro lado, com essa operação, Lyra consegue “liberar” a “doutrina em si” das amarras legais, diferentemente do tecnicismo “puro” onde o segundo degrau do saber jurídico-penal (o mais importante deles, lembremos) está completamente submetido às leis positivas estatais. Para Lyra, “a chamada dogmática desempenha outra tarefa, submetendo a lei, e não submetendo a ela, a expiação transcendente e autônoma.” (LYRA, 1956, p. 59). Nem mesmo a sistematização seria central no saber jurídico escolar. Segundo Lyra, “os postulantes e os auxiliares da Justiça não hão de perder-se num ideal discutível, numa tradição, sem sequer a paz e a ordem dos cemitérios, numa herança de sistematização de objeto assistemático por excelência. A lei é o veículo.” (LYRA, 1956, p. 60). Tudo o que escapasse disso, seria objeto dos cursos de doutorado, lugar de formação da elite científica: “depois do curso é que a elite propriamente dita, selecionada e depurada, tendo aprendido a estudar e a caminhar por si, passará à cultura superior de verdade.” (LYRA, 1956, p. 60).

Em suma, parte da dogmática e a chamada “crítica” são deslocadas para o saber jurídico-penal no sentido mais “elevado” – objeto do curso de doutorado, mas não do bacharelado. O “teto” da casa jurídica (para usar as metáforas do próprio Lyra), depois dos “alicerces” da lei e das paredes “exegéticas”, onde “a crítica compensará o misoneísmo com o jato estuante das reformas” (LYRA, 1956, p. 61). Tal qual o tecnicismo de Hungria, Lyra defendia que “a crítica, como operação do chamado método jurídico, há de ser desidratada”, e, no campo do saber jurídico-penal escolar, “o estudante da lei (...) não pode criticar a lei *como técnico*” (LYRA, 1956, p. 72. Grifo meu).

5.3 O saber sapiencial, o saber ensinado

A duplicação saberes jurídicos para os cursos de bacharelado *versus* saberes jurídicos para o doutorado faz lembrar a distinção muito comum em história da educação e na didática entre “saber sapiencial” ou científico (“*savoir savant*”) e “saber ensinado” ou escolar (“*savoir enseigné*”). Segundo o didático Yves Chevallard, “o saber tal-qual-é-ensinado, o saber ensinado, é necessariamente outro em relação ao

saber-inicialmente-designado-para-ser-ensinado, o saber a ensinar.” (CHEVALLARD, 1991, p. 15)⁵². Entre o saber sapiencial e o “saber ensinado”, Interpõe-se a transposição didática⁵³, que testemunha, justamente, a distância que os separa e garante a própria viabilidade epistemológica da didática como campo de pesquisa autônomo:

O conceito de transposição de didática, naquilo em que ele somente remete à passagem do saber sapiencial [savoir savant] ao saber ensinado [savoir enseigné], portanto, ao eventual, e à obrigatória distância que os separa, testemunha este questionamento necessário, ao mesmo tempo em que é o seu instrumento primordial. (...) [a transposição didática] é um dos instrumentos da ruptura que a didática deve operar para constituir-se em seu domínio próprio. (CHEVALLARD, 1991, p. 15)

Muito embora sejam categorias pensadas inicialmente para o contexto do ensino básico (e não universitário), a evocação não parece de todo impertinente. Apesar da tendência à identificação do saber científico e do saber escolar no ambiente universitário apontada por André Chervel (1988, p. 72), a universidade também é feita daquilo que Chevallard chamou de “sistema didático”, isto é, a relação entre professor, aluno e saber (CHEVALLARD, 1991, p. 14). Portanto, a mesma advertência segundo a qual a “escola não se define por uma função de transmissão de saberes” (CHERVEL, 1988, p. 66)⁵⁴ aplica-se, ao menos em parte, ao ensino universitário. Por que a duplicação de Roberto Lyra evoca essa distinção entre “saber sapiencial” e “saber ensinado”? Porque também para Lyra existe a inevitável distância entre a ciência jurídica e aquilo que os estudantes de direito deveriam aprender na faculdade. Como dizia Yves Chevallard, o conceito de

⁵² No original, em francês: “Le savoir-tel-qu’il-est-enseigné, le savoir enseigné, est nécessairement autre que le savoir-initiallement-désigné-comme-devant-etre-enseigné, le savoir à enseigner.”

⁵³ A “paternidade” do conceito costuma ser atribuída a Michel Verret (1975).

⁵⁴ No original, em francês: “l’école ne se définit pas par une fonction de transmission des savoirs”.

transposição didática evoca, em primeiro lugar, a distância que separa o saber sapiencial e o saber ensinado.

Mas é possível ir um pouco mais adiante nessas sendas: é verdade que podemos considerar errado, em uma pesquisa de história da educação, pensar em termos “transmissionistas” a relação entre a ciência e aquilo que é ensinado, aquilo que constitui uma disciplina escolar. Essa perspectiva reduziria, de fato, a história das disciplinas escolares a um subproduto da história daquilo que seria a sua “ciência de referência” (CHERVEL, 1988). O fato de operarmos no plano da história do pensamento coloca, porém, uma questão ulterior. Segundo Chevallard, o saber tal-qual-é-ensinado não se identifica com o saber-inicialmente-designado-para-ser-ensinado. O saber-inicialmente-designado-para-ser-ensinado seria o próprio saber sapiencial? Porém, o “saber-a-ser-ensinado” que identificamos em Roberto Lyra já é algo diferente do saber sapiencial (a ciência jurídico-penal). Teríamos, nesse caso, que acrescentar uma terceira categoria entre o saber sapiencial e o saber ensinado de Yves Chevallard? Evitemos, no entanto, complicar desnecessariamente o esquema de Chevallard. A aparente necessidade de considerar uma terceira categoria advém da linguagem prescritiva usada por Lyra ao falar daquilo que haveria de ser ensinado nas aulas de direito penal. Logo, esse “dever-ser” não poderia ser confundido com o “ser” do que realmente ocorreu nessas aulas de direito penal. Ressalvado que estamos sempre no plano da história do pensamento, é verdade também que Lyra não é somente prescritivo. O seu livro “Guia para o ensino e estudo do direito penal” é fortemente memorialístico, e, portanto, evoca fatos que teriam acontecido no cotidiano da sala de aula. Mantendo em suspenso eventuais avaliações sobre a veracidade da memória de Lyra, no plano da história do pensamento, a diferença entre “ser” e “dever-ser” esfuma-se. Da mesma forma, a diferenciação de Chevallard entre o “saber sapiencial” e o “saber ensinado” não se refere a um “dever-ser” que não necessariamente se completa na prática (“ser”). O esquema de Chevallard foi pensado para pesquisas concretas em didática que tratassem da relação saber – professor – aluno, e, nesse sentido, não parece direcionar-se diretamente à história do pensamento. Porém, a espessura própria do saber ensinado pode muito bem comportar o pensamento dos atores envolvidos no campo delimitado como objeto de pesquisa a respeito de determinado saber escolar.

De qualquer forma, quando Chevallard aborda a diferença entre a transposição didática em sentido estrito e em sentido lato, e especifica melhor o modo de operar desta última (CHEVALLARD, 1991, p. 39-40), podemos encontrar um lugar mais preciso para o objeto que identificamos aqui: “o *estudo* científico do processo de transposição didática (...) supõe que se leve em consideração a transposição didática em sentido lato, representada pelo esquema: objeto do saber - objeto a ensinar - objeto de ensino.” (CHEVALLARD, 1991, p. 39)⁵⁵. A concepção de saber jurídico-penal a ser ensinado, em Roberto Lyra, portanto, se enquadra naquilo que é, na terminologia de Chevallard, o processo de elaboração do “objeto a ensinar”.

Nada disso quer dizer que Lyra seja um “Chevallard *avant-la-lettre*”. Isso pressuporia defender uma identidade (mais ou menos perfeita) entre eles, isto é, colocá-los em um mesmo plano de comparação. Chevallard, aqui, serviu como porta de entrada para mais uma leitura do texto de Lyra. Não eram objeto de comparação. Além disso, quando Lyra passa da memória de fatos ao discurso prescritivo (que estão em contínua circularidade), seria possível ainda enquadrá-lo dentro daquilo que Chevallard chamaria de concepção “transmissionista”. Assim como toda pretensão de “transmissão” é angustiante por ser sempre incompleta e falha, da mesma forma Lyra traz as marcas da angústia da passagem do saber científico ao escolar. Do saber criminológico que Lyra tanto defendia contra o formalismo tecnicista ao saber jurídico-penal a ser ensinado, a descrição faz-se com a metáfora da “descida”: “quando desço ao imediatismo técnico, hei de deixar, com saudade, o telescópio pelo microscópio. Trago, no entanto, o espírito e o coração cheios do que observei na culminância.” (LYRA, 1956, p. 30). A distância entre os dois saberes, em Lyra, portanto, é hierarquizada, como nas concepções transmissionistas. A qualificação do saber escolar como mera “simplificação” também aparece:

o que o professor sabe não é para a aula elementar. O seu cuidado principal deve ser conter a tentação de ascender, aprofundar, adensar,

⁵⁵ No original, em francês: “Mais l’étude scientifique du processus de transposition didactique (...) suppose la prise en compte de la transposition didactique *sensu lato*, représentée par le schéma - objet de savoir – objet à enseigner – objet d’enseignement”.

quando deve ficar nas noções, nos prolegômenos. (...) O professor há de regular suas torneiras de modo a evitar o ímpeto dos jorros desmedidos, afogando a memória do aluno com a massa líquida de nomes, datas, fatos, idéias, críticas, em incessante criação, em intermináveis desdobramentos. (LYRA, 1956, p. 266. Grifo meu)

A metáfora da simplificação, porém, ilumina muito parcialmente o que Lyra pensava a respeito do ensino do direito penal. A distância entre o saber jurídico-penal e o saber a ser-ensinado é, para ele, não só inevitável e necessária, mas também vinculada aos diferentes objetivos de cada um deles, onde o saber escolar não pode furtar-se às exigências do campo profissional específico do operador jurídico. Em uma concepção transmissionista (tomando-a como modelo ideal) essa distância não pode senão ser um eterno problema, já que a transmissão perfeita é a redução ao grau zero da diferença entre o saber ensinado e o saber científico.

O problema da “heterogênese” de alguns saberes escolares colocado por André Chervel (1988; 1977) e indicada por Yves Chevallard⁵⁶ também merece um instante de atenção. Se, em Roberto Lyra, a distância entre os saberes escolar e científico tende a operar também como um dique de contenção em relação às deletérias penetrações dos debates científicos no ambiente de formação profissional que deveria ser o bacharelado em direito, e se, com isso, ele inverte completamente a ênfase do objeto do saber, saindo do crime e do criminoso em geral como fato social (no nível da ciência), passando para a lei positiva (no saber escolar), não haveria, também, nesse caso, um “desvio” em relação ao poder de conformação da “ciência de referência”? Não haveria, portanto, a heterogênese?

Chervel, nas suas pesquisas, parte dessa chave para casos em que a disciplina escolar é, além de tudo, anterior à “ciência de referência”.

⁵⁶ “Une autre direction de recherche consiste à prendre acte de la *spécificité* du projet de construction didactique des savoirs, de son hétérogénéité *a priori* avec les *pratiques savantes* des savoirs, de son irréductibilité immédiate aux genèses socio-historiques correspondantes.” (CHEVALLARD, 1991, p. 48). Esta parece ter sido, exatamente, a via das pesquisas de André Chervel (1977).

Esses desvios e esses diques de Lyra contra a “doutrina” (em nome da lei), não chegam a esse ponto, e, além disso, o sistema legal positivo é, em si mesmo, concebido também como uma construção da ciência jurídica (mesmo sem pretender relativizar a discricionariedade legislativa e a autoridade política do Estado que cria o direito). O sistema legislativo positivo, portanto, serve como critério de seleção, como filtro de uma ciência que, ao contrário do que pensava Nelson Hungria, não deveria ser tão domesticada.

* * *

A duplicação do saber jurídico-penal operada por Roberto Lyra produz, em suma, um campo de relação mais complexo com o tecnicismo do que poderia fazer imaginar a recorrente memória das famosas polêmicas entre ele e Nelson Hungria. O saber tido como “escolar” por Lyra guarda fortes homologias com a concepção de saber jurídico-penal dos tecnicistas, e, com isso, as polêmicas e tensões epistemológicas ficariam reservadas ao plano tido como mais “alto” do saber científico, isto é, fora da rotina dos cursos de bacharelado.

Não era difícil deduzir que Lyra compartilhava das críticas levadas a cabo por tantos autores vinculados ao positivismo criminológico, desde as últimas décadas do século XIX, contra o ensino jurídico “bachaleresco” afinal, ele também era positivista. Não era difícil supor que encontraríamos na obra de Lyra críticas ao “verbalismo” do bacharelismo liberal herdado do período monárquico. Porém, Lyra leva a cabo essas críticas à moda tecnicista, isto é, invocando a *lei* contra o *verbo*, justamente em função da homologia com o tecnicismo da sua concepção de saber jurídico-penal escolar.

As noções de saber ensinado e saber sapiencial, bem como o conceito de transposição didática de Yves Chevallard, foram úteis aqui para a compreensão dessa distância entre o saber jurídico-penal científico e o saber jurídico-penal a ser ensinado nas faculdades de Direito no pensamento de Roberto Lyra. É preciso levar em consideração, porém, que essa distância foi medida em relação àquilo que o mesmo Lyra imaginava ser a ciência jurídico-penal.

De qualquer forma, a proposta epistemológica da ciência didática é ainda mais radical na medida em que propõe a perscrutação dessa distância, dessa operação de transposição (e não de simples transmissão)

tantas vezes trascurada, mesmo nos casos em que a homologia entre o saber ensinado e o saber “sapiencial” pode parecer bastante evidente. De fato, analisando contextos concretos de ensino (relação aluno, professor e saber, para usar a formulação de Chevallard), essa distância em suas diversas formas há de aparecer sempre e é de grande valor do ponto de vista pedagógico.

Outro filão da análise aqui proposta, porém, nos coloca numa direção perfeitamente inversa. Chevallard chama a identificação entre saber sapiencial e saber ensinado de “ficção de identidade/unidade” ou “ilusão de transparência” (1991, p. 20 e 43). Para a análise dos “sistemas didáticos”, é bem verdade que essa identificação pode ser bastante deturpadora, por isso é justificado o uso dos termos “ilusão” ou “ficção”. Do ponto de vista de uma história intelectual, seja quando encontramos bem elaborada a distância entre saber sapiencial e saber ensinado, seja quando estamos diante de uma concepção que tende a identificá-los, são todos objetos dignos de atenção como “fatos” do pensamento.

É por essa via que foi possível surpreender as homologias entre o saber a-ser-ensinado de Roberto Lyra e a concepção de ciência jurídico-penal do tecnicismo húngaro. Homologias que ressaltam, é claro, as tentativas de Lyra de fazer penetrar – muito controladamente – alguns elementos da sua concepção de sociologia criminal, bem como a função liberatória para a ciência jurídico-penal que o fechamento do ensino do direito penal nas rígidas fronteiras da lei deveria ter para a ciência jurídico-penal “alta”.

Esse é um ponto importante porque o ‘distanciamento crítico’ que se pretende propor aqui envolve não só um determinado ensino do direito, mas também uma determinada concepção de ciência do direito. O alerta de concepções como a de Chevallard é que será insuficiente levar a cabo essa reflexão sem levar em conta que saber científico e saber ensinado serão sempre dois regimes discursivos diferentes, muito embora relacionados.

Ainda é Chevallard quem aponta que está presente na transposição didática a exigência de “procurar (...) saberes correspondentes às demandas didáticas da sociedade”

(CHEVALLARD, 1991, p. 47)⁵⁷. No caso de Lyra, essa demanda seria as exigências de profissionalização, isto é, de capacitação para a aplicação e “bom uso” da lei, principalmente nos tribunais. Uma drástica “redução” em relação às demandas sociais que o ensino jurídico do séc. XIX procurava responder – abstraindo, é claro, a clivagem de classe dessas demandas, muito embora ela também possa ser identificada mesmo quando a “técnica” tende a dificultar a visibilidade. Em nome de uma concepção muito restrita de “prática”, é muito provável que muitas outras “demandas didáticas [jurídicas] da sociedade” estejam sendo bloqueadas. Demandas que não encontram nem mediação nem reflexão adequada. Torná-las pensáveis, portanto, é o primeiríssimo passo.

Aqui a reflexão histórica encontra o seu termo, mas, excedendo um pouco, vale trazer ao menos um exemplo para concretizar melhor o que venho dizendo: como não considerar um tema relevante para o ensino do direito os fenômenos de “incomunicabilidade” entre advogados e clientes? O exemplo é significativo porque, de um lado, nem alarga muito o conceito tradicional de “prática” (tido como critério fundamental para a organização dos currículos e programas das faculdades de Direito), mas, ao mesmo tempo, coloca em xeque frontalmente o próprio ensino tecnicizado fundado substancialmente na aplicação judicial da lei na medida em que, muitas vezes, é o próprio apego à técnica (com a sua cultura, a sua linguagem, o seu modo de reconstruir a realidade e os conflitos, etc.) que está no coração do problema.

A reflexão histórica retorna ao prosclênio, porém, ao sublinhar que a centralidade atribuída ao texto legislativo no ensino do direito deve ser compreendida no seio de embates historicamente localizados. No caso de Roberto Lyra no contexto brasileiro, esses embates giravam em torno do “bacharelismo liberal” do séc. XIX. O atual ensino do direito herdou muito dos resultados das críticas tecnicistas, basta pensar nas tantas “aulas de Código” que ainda encontramos nas faculdades jurídicas. Julgar o lugar e a medida que o texto legislativo deve ter no ensino do direito não é tarefa específica do historiador do direito, porém, o modo tecnicista de dar conta desse problema não é um dado óbvio,

⁵⁷ No original, em francês: “l'exigence de rechercher (...) des savoirs correspondant aux *demandes didactiques de la société*”.

nem natural, nem imanente a qualquer disciplina especificamente jurídica em qualquer momento histórico. O embate, nesse aspecto, é assaz profundo, já que toca aquilo que há de se entender por “direito”, “prática jurídica” e “juristas”, isto é, a nossa própria identidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito sintomaticamente, em seus “Comentários ao Código Penal”, Nelson Hungria evoca a frase de Cesare Beccaria “feliz a nação em que as leis não são objeto de uma ciência!”. Hungria cita a passagem no tópico sobre analogia e interpretação, e, na seqüência, trata de marcar diferença em relação à ideologia antijurisprudencial iluminista, na questão do arbítrio judicial e da interpretação. A conclusão é que não existe possibilidade de as leis não serem objeto de uma ciência. A ciência do direito penal seria indispensável, portanto, para “completar” o texto legal, para determinar o seu “verdadeiro alcance”. Mesmo o código penal brasileiro de 1940, segundo Hungria perfeito em estilo e precisão, não dispensaria o “complemento elucidativo da interpretação”, e, “não o dispensaria o mais bem elaborado Código do mundo. Como toda norma jurídica, a norma penal não pode prescindir do processo exegético, tendente a explicar-lhe o verdadeiro sentido, o justo pensamento, a real vontade, a exata razão finalística” (HUNGRIA, [1948] 1977, p. 70). Mais uma marca das diferenças entre as duas pontas da experiência moderna que reitera ulteriormente a importância de declinar modernidade – e, conseqüentemente, os tipos de codificações modernas – no plural.

Se, por um lado, essa conclusão pretende-se baseada no espectro documental delimitado para a análise, por outro lado, a ilusão de considerá-la um dado que emerge diretamente das fontes também deve ser evitada. Por isso, tanto a teoria da história quanto a historiografia das codificações foram empregadas para que essa leitura fosse possível. Na teoria da história, o ponto chave foi o conceito de ‘especificidade histórica’, a plataforma para que se evitasse dissolver o código penal de 1940 em durações demasiado longas ou monumentalizá-lo em suas particularidades. A historiografia das codificações foi importante em dois grandes aspectos: o primeiro em relação às discussões sobre a especificidade histórica das codificações modernas, que enraizou fortemente a atenção às descontinuidades nesse filão da historiografia jurídica. Apesar dos intensos debates em torno às características estruturais de um código moderno ou das continuidades de conteúdo dos códigos modernos em relação ao antigo *ius commune*, é muito improvável que uma confusão entre o conceito de código do séc. XVIII e os anteriores passe impune. O segundo aspecto refere-se aos indícios

deixados por essa historiografia em relação à pluralidade de tipos de código no interior da experiência moderna. Ainda, o conceito semiológico de “leitor pressuposto” ou destinatário também foi de fundamental importância como fio condutor na apreciação das fontes, ao indicar um caminho alternativo em relação aos intermináveis debates em torno de características estruturais de um código.

Pietro Costa afirma que a idéia de código moderna, ao longo do século XIX, teria decantado em institutos tecnico-jurídicos. No caso da reforma penal brasileira de 1940 encontramos essa decantação, embora devamos considerar que o contexto aqui analisado é diferente, também, pelos seus fundamentos políticos anti-liberais. O código penal brasileiro de 1940 é considerado, sintomaticamente, um artefato de elevadas qualidades técnicas. Mas, a tecnicidade do código não foi considerada, aqui, um julgamento de valor a ser confutado ou refutado. Essa é a consequência lógica da perspectiva metodológica que não pretende monumentalizar o seu objeto em suas particularidades. Nesse sentido, nas palavras de Paul Veyne, “[...] a história começa por uma desvalorização” (VEYNE, 1998, p. 56). A tecnicidade do código foi muito mais um sinal do tipo de código que Hungria havia em mente e que foi, ao menos em parte, realizado no código penal de 1940. A ‘tecnicização da legislação’, portanto, não deve ser entendida, de nenhuma forma, como um julgamento de valor. Ela é simplesmente o acontecimento a partir do qual se construiu a trama da pesquisa. Esse acontecimento, por sua vez, indicou os caminhos que permitiriam identificar o contexto pertinente ao objeto da pesquisa.

Em relação ao contexto da reforma penal de 1940, o primeiro dado que emergiu foi o uso das comissões técnicas na produção legislativa estadonovista em substituição ao Parlamento através do formato do decreto-lei. Depois da queda do Estado Novo, mesmo Nelson Hungria acusaria o uso dos decretos-lei durante a ditadura de Vargas, que possibilitavam uma produção legislativa rápida e sem muitos freios, de ter criado muitas leis com graves defeitos técnicos. O código penal de 1940, segundo Hungria, teria sido uma exceção (HUNGRIA, [1948] 1977, p. 68). A comparação com o pensamento de Francesco Carrara – apesar dos traços velozes e grossos – pode ser útil, ainda, para compreender o uso das comissões técnicas na elaboração legislativa. Se considerarmos todo o período de discussão do projeto Alcântara Machado nas revistas especializadas entre 1938 e 1940,

somando-se os debates da comissão revisora, parece possível dizer que houve o “plebiscito dos criminalistas” carrariano. Porém, o uso das comissões técnicas no caso do Estado Novo não deveria servir para diminuir a dimensão voluntarista da produção legislativa, como queria Carrara. O sentido atribuído ao uso das comissões técnicas é, ao contrário, o controle do espaço de debate, em um contexto onde o Parlamento já tinha sido fechado pelo golpe de 1937. O “plebiscito dos criminalistas” torna-se compatível com a centralização autoritária estadonovista. Não por acaso, justamente o Estado Novo, depois de décadas de debates sobre a reforma do código penal de 1890, consegue levar a cabo a elaboração de um novo código penal, mas esse feito, evidentemente, não deve ser lido em termos triunfalistas.

Na relação do código com as suas “margens” – outra dimensão da tecnicização da legislação – emergiu o dado da importância dos subsistemas extra-código. No caso, é a escolha por deixar os crimes políticos em um sistema à parte que chamou a atenção, já que, não obstante a visibilidade e valência simbólica da presença desses crimes no código, a solução adotada foi a de mantê-los nas “versáteis leis especiais”. A importância desses subsistemas, onde a excepcionalidade se ordinariza, embora possa ser considerada uma antecipação da inflação legislativa atual, ainda se colocava o objetivo de “salvar o código” (ao menos do ponto de vista da sua durabilidade), ou seja, não se trata, ainda, de um conjunto de intervenções modificativas e de multiplicação de normatividades que fazem “pouco caso” do sistema codificado. As modificações ditadas, por exemplo, pelas necessidades da perseguição política, assim, não incidiriam sobre a imagem de estabilidade que o código deveria simbolizar.

Retornando à crítica de Hungria contra a pretensão iluminista de eliminar a interpretação através de uma codificação, para ele, qualquer texto é passível de interpretação, qualquer texto pode ser “complementado” pelos seus leitores, mas, o código penal de 1940, na visão de Nelson Hungria, demandava um tipo de leitor preciso. Os sinais do leitor pressuposto pelo código já estão no próprio texto: um código com uma Parte Geral bastante extensa, que conceitua, que faz largo uso de um vocabulário especificamente jurídico, que consagra ou coloca à parte orientações doutrinárias. Índícios que apontam para um leitor-especialista, iniciado no vocabulário especificamente jurídico, apesar do estilo imperativista. Uma tessitura doutrinária feita de comandos. Aqui,

a velha opção entre o modelo austro-prussiano do código-tratado e o modelo do código-comando francês parece perder valor heurístico ao ser confrontada com codificações do início do séc. XX como a brasileira de 1940.

A leitura considerada adequada do código era aquela que colaborasse com a sua efetiva eficácia judicial, e o tecnicismo seria, para Hungria, o modelo mais adequado para esse fim. Se a velha exegese, em seu formato “puro”, pode ser considerada a consequência mais óbvia das pretensões iluministas de controle tanto do arbítrio judicial quanto da atividade doutrinária dos juristas através de códigos, o tecnicismo - apesar da aparente similitude na vinculação à lei, na manutenção de certa preocupação com os riscos do arbítrio judicial -, ao contrário, encontra-se na outra ponta experiência jurídica moderna, onde os códigos já foram plenamente transformados em um problema técnico de juristas.

O tipo de saber jurídico propugnado pelo tecnicismo encerra, por outro lado, a possibilidade de um código ser, também, um objeto plenamente político (a dupla alma do código, técnica e política). Não é por acaso que estamos falando de uma reforma penal levada a cabo sob um regime autoritário, atualizando, de certa forma, a secular dificuldade em produzir códigos sob a égide de instituições democrático-liberais. Basta lembrar, nesse sentido, a postura de Alcântara Machado em relação à pena de morte, que redige esse dispositivo no seu projeto se o governo julgasse conveniente adotá-la; o “desarmamento” que a postura tecnicista (não exclusiva, vale assinalar, daqueles vinculados explicitamente ao tecnicismo como escola) gerava no âmbito da política criminal, cuja consequência mais explícita é o deslocamento dos problemas jurídicos, mesmo ainda em fase de reforma, para a aplicação judicial; entre outros.

Sinais que contrastam muito claramente mesmo com idéias não tão distantes (se não quisermos comparar com o Iluminismo do séc. XVIII), como as de Francesco Carrara, onde um dos pontos centrais da participação dos juristas nos processos de codificação deveria, exatamente, diminuir ao máximo o arbítrio legislativo, a dimensão voluntarista da lei. Se a máxima de Carrara segundo a qual um código não pode contradizer os ditames da ciência jurídica (CARRARA, 1878, p. 12 e 16) pode ser considerada ainda válida no contexto da reforma penal de 1940, é preciso levar em consideração que a ciência jurídica

estava mudando. Não por acaso, no caso da pena de morte, Alcântara Machado suspendeu o seu juízo, enquanto no contexto de Carrara a questão da pena de morte alongou em décadas a discussão sobre o primeiro código penal unitário italiano. A clamorosa exceção no caso da reforma penal brasileira de 1940 era Roberto Lyra. Apesar de não termos as atas da comissão para avaliar com precisão a postura de Lyra nas discussões, a hipótese que parece mais plausível não é a de uma visão *avant-la-lettre*, que teria antecipado aspectos do que mais tarde seriam as teorias jurídicas críticas, mas sim a de uma manutenção de elementos vinculados àquilo que Mario Sbriccoli chamou de ‘penalística civil’. Um tipo de pensamento jurídico-penal caracterizado pela centralidade do empenho civil e que, no caso de Roberto Lyra, se misturariam, inclusive, com elementos do tecnicismo, que é, ainda na visão de Sbriccoli, o marco da grande virada contra a tradição da penalística civil oitocentista.

A questão do júri no pensamento de Hungria, por sua vez, fecha o círculo do problema do destinatário. Como artefato instrumental, o código aparecia, para Hungria, como algo não manejável por leigos. A exclusão ou, ao menos, a limitação do lugar do júri popular no sistema penal era um pressuposto indispensável para que o novo código pudesse triunfar. Em nome da técnica, o Estado Novo concretizou essa demanda com a lei 165 de 1938, e, posteriormente, com o Código de Processo Penal, relativizando os veredictos do júri e limitando a sua competência. A solução nesse formato, porém, duraria somente até 1946, com o advento da nova Constituição que restabeleceria a soberania do júri. Foi nesse ponto que foi possível surpreender o “arquivo escondido” do tecnicismo, onde um embate de política legislativa (legitimado, como não é de surpreender, como uma questão processualística, e não política) é travado com grande força por Nelson Hungria contra a nova orientação positivada em relação ao tribunal popular.

Por fim, a historiografia das codificações tem sido eficaz em revelar o caráter mítico da idéia de codificação (moderna), especialmente na sua dimensão de ‘transparência – controle total’, de apologia do poder soberano. Apesar da retórica da estabilidade do ministro Francisco Campos, ao falar da codificação, o caráter instrumental atribuído a ela por Nelson Hungria mostra o quão longe estamos da própria idéia de ‘utopia’, como propunha Tomas y Valiente com o seu artigo “Códigos: de utopia a técnica vulgarizada”.

Essa distância, porém, não deve ser avaliada somente como tomada de consciência do “senso da justa medida” (HUNGRIA, [1948] 1977, p. 62) diante da pretensão de controle absoluto do arbítrio judicial iluminista. Mesmo prescindindo do julgamento se essa “medida justa” foi realmente justa - especialmente diante das inflexões autoritárias que a concepção de defesa social é capaz de fazer pesar sobre qualquer mínimo espaço de arbítrio judicial - é possível, dar alguns passos adiante.

Mas o ponto a ser colocado em foco não é o arbítrio judicial. Para dar um único exemplo: por que a ciência jurídico-penal deve estar confinada à mediação entre texto legal e tribunais? Bentham, Beccaria, Carrara, e tantos outros, foram capazes de inserir o seu discurso para além de qualquer código específico, no campo do princípio da utilidade ou do direito natural. É claro, não se trata de propor qualquer regressão, mas de admitir que a ciência jurídico-penal pode operar em outras direções.

Direções pouco “práticas”? Não necessariamente. A prática cotidiana dos advogados com os seus clientes coloca uma série de problemas de mediação entre um texto técnico e destinatários não-técnicos que, em nome da prática concebida como dogmática-voltada-à-aplicação-tribunícia, não encontra (comparativamente) um grande campo acadêmico de reflexão, e, muito menos, espaço no ensino do direito. Não se trata, portanto, de simplesmente “vulgarizar” o direito técnico, mas de ampliar o espaço de pensabilidade acerca do direito, relativizando fronteiras tradicionais acerca do jurídico e do não-jurídico, do prático e do não-prático.

REFERÊNCIAS

- ABOUT the American Law Institute. Disponível em: <http://www.ali.org/ali/thisali.htm> Acesso em: 30 de maio de 2007.
- ADORNO, Sérgio. *Os Aprendizizes do Poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- ALBUQUERQUE, Alfredo. O júri em face da nova constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, set. 1946.
- ALTAVILLA, Enrico. Um novo projecto de código criminal brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, nov. 1939.
- ALVAREZ, Marcos C. *Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil (1889-1930)*. Tese (Doutorado em Sociologia) – FFLCH, USP. São Paulo, 1996. Orientador: Sérgio Adorno.
- ANCEL, Marc. Préface. In: _____ (org.) *Les codes pénaux européens*. Tome I. Paris: Centre Français de droit comparé, 1977.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica*. Do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. A construção da dogmática penal entre o final do século XIX e início do século XX. In: DAL RI JUNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *A construção do direito penal e do processo penal modernos: anais do encontro de história do direito/jornadas do IBHD*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Digital.
- ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. R. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene* [1764]. Milano: Giuffrè, 1964.
- BENEDUCE, Pasquale. *Il corpo eloquente: identificação del giurista nell'Italia liberale*. Bologna: Il Mulino, 1996.
- BESSONE, Tânia. Bacharelismo [verbete]. VAINFAS, Ronaldo (coord.). *Dicionário do Brasil Imperial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689 de 3/10/1941 (código de processo penal).
- BRASIL. Decreto-lei n. 3914 de 9/12/1941 (Lei de Introdução ao Código Penal)

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7/12/1940 (código penal). In: PIERANGELLI, José Henrique (org.). *Códigos Penais do Brasil*. Bauru, SP: Jalovi, 1980.

BRASIL. Tramitação Projeto de Lei do Senado nº 1 de 1946 (sen. Olavo Oliveira). Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=74473 Acesso em: 18 de novembro de 2008.

BRICOLA, Franco. Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano. In: CADOPPI, Alberto (a cura di). *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*. Padova: CEDAM, 1996.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, [1956] 1978.

_____. Criminologia e Direito Penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, out. 1943.

CABRILLAC, Rémy. *Les codifications*. Paris: PUF, 2002.

CADOPPI, Alberto. Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Apresentação. In: _____ (a cura di). *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*. Padova: CEDAM, 1996.

_____. Il “modello” rivale del *code penal*: le “forme piuttosto didattiche” del codice penale universale austriaco del 1803. In: VINCIGUERRA, Sergio (a cura di). *Codice Penale Universale Austriaco* (1803). Padova: CEDAM, 1997.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

_____. Exposição de motivos Lei 167/1938. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jan. 1938.

_____. O Novo Código Penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jan. 1941.

_____. A reforma do ensino superior no Brasil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1931.

_____. Código penal. Exposição de motivos. *Revista de Direito Penal*, fasc. 3, 1940.

CAPELATO, Maria Helena. O Estado Novo: o que trouxe de novo? In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves

(org.). *O Brasil Republicano*. Vol. II (O tempo do nacional-estatismo). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *O movimento de 1932. A causa paulista*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

CAPPELLINI, Paolo. Il codice eterno. La forma-codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità. In: _____. *Storia del Diritto Moderno*. Milano: Giuffrè, 2003.

_____. Codici. In: FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). *Lo Stato Moderno in Europa*. Roma-Bari: Laterza, 2002.

_____. Francesco Carrara e il problema della codificazione. *Criminalia*, n. 2, 2007.

CARONE, Edgard. *O Estado Novo (1937-1945)*. Rio de Janeiro/São Paulo: Difel, 1977.

CARRARA, Francesco. Codicizzazione. In: _____. *Opuscoli di diritto criminale*. Vol. II Lucca, 1870.

_____. *Pensieri sul progetto di codice penale italiano del 1874*. Terza edizione con l'aggiunta di note storiche e di appendici, Lucca, 1878.

_____. *Programma del corso di diritto criminale*. Vol. VII. Sesta edizione. Firenze: Fratelli Cammelli, 1898.

_____. *Programma del corso di diritto criminale*. Vol. I. Ottava edizione. Firenze: Fratelli Cammelli, 1897.

CASTRO, Viveiros de. *A Nova Escola Penal*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1913.

CATALANO, Pierangelo. Il diritto romano attuale dell'America Latina. *Index*: Quaderni camerti di studi romanistici, n. 6, 1976.

_____. Do *ius romanum* ao sistema romanista. In: *Seminários de Direito Romano*. Brasília, UnB, 1984.

CAVANNA, Adriano. *Storia del Diritto Moderno in Europa*. Vol. II. Milano: Giuffrè, 2005.

_____. *La codificazione penale in Italia*. Milano: Giuffrè, 1975.

CAZZETTA, Giovanni. Lavoro e impresa. In: FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). *Lo Stato Moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 4. ed. Roma-Bari: Laterza, 2004.

CHACO, Vamireh. *História dos Partidos Brasileiros*. 2ª ed. Brasília: EdUnB, 1985.

CHARTIER, Roger. *História Cultural*. Entre práticas e representações. Lisboa: Difel, 1990.

CHERVEL, André. L'histoire des disciplines scolaires: réflexions sur un domaine de recherche. *Histoire de l'éducation*, n. 38, mai. 1988.

_____. *Histoire de la grammaire scolaire*. Paris: Payot, 1977.

CHEVALLARD, Yves. *La transposition didactique*: du savoir savant au savoir enseigné. Paris: Le pensée sauvage éditions, 1991.

CONSTITUIÇÃO dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm
 Acesso em: 01 de junho de 2007.

CONSTITUIÇÃO dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm
 Acesso em: 25/06/2009.

CORREA, Aureliano Correa de. *O projeto de Código Criminal do Brasil*. Recife: Imprensa industrial, 1937.

COSTA, Pietro. *Il Progetto Giuridico*. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico. Milano: Giuffrè, 1976.

COSTA E SILVA, A. J. O novo projecto de código criminal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jun. 1939.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

D'ARAÚJO, Maria Celina. *O Estado Novo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

DARMON, Pierre. *Médicos e Assassinos na Belle Époque*. A medicalização do crime. Tradução Regina Grisse de Agostino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

DEL POZZO, Carlo Umberto. O projeto de código criminal brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, mar. 1940.

DINIZ, Eli. Engenharia institucional e políticas públicas: dos conselhos técnicos às câmaras setoriais. In: PANDOLFI, Dulce (org.). *Repensando o Estado Novo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

DI SIMONE, Maria Rosa. Lo Stato fascista. In: _____. *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'Antico Regime al Fascismo*. Torino: Giappichelli, 2007.

D'OLIVEIRA, José de Alcântara Machado. Para uma história da reforma penal brasileira. *Revista Direito*: doutrina, legislação, jurisprudência, Rio de Janeiro, vol. 8, 1941.

_____. O projeto do código criminal perante a crítica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, nov. 1939.

_____. Código Criminal Brasileiro. Exposição de motivos do ante-projeto da Parte Geral. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jul. 1938.

DOTTI, René Ariel. Nelson Hungria: o passageiro da divina comédia. In: RUFINO, Almis Gasquez; PENTEADO, Jaques de Camargo (orgs.). *Grandes juristas brasileiros*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DRUMOND, Magalhães. O júri no Estado Novo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jan. 1938.

ECO, Umberto. *Lector in fabula: la cooperazione interpretativa nei testi narrativi*. Milano: Bompiani, 1979.

FAUSTO, Boris. O Estado Getulista (1930 – 1945). In: _____. *História do Brasil*. 6ª ed. São Paulo: Edusp, 1998.

FERRI, Enrico. *Principii di diritto criminale*. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice penale vigente – Progetto 1921 – Progetto 1927. Torino: Unione Tipografica Torinese, 1928.

FILANGIERI, Gaetano. *La scienza della legislazione*. Vol. I. Firenze: Felice Le Monnier, [1780] 1864.

FONSECA, Ricardo M. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Milano, vol. XXXV, t. I, 2006.

FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FURET, François. *O Passado de uma Ilusão: ensaios sobre a idéia comunista no século XX*. São Paulo: Siciliano, 1995.

GALERIA de Diretores (José de Alcântara Machado D'Oliveira). Disponível em: <http://www.direito.usp.br/>. Acesso em: 15 de junho 2007.

GERTZ, René E. Estado Novo: um inventário historiográfico. In: SILVA, José Luiz Werneck da (org.). *O Feixe e o Prisma*. Uma revisão do Estado Novo. (Vol. I: O feixe: o autoritarismo como questão teórica e historiográfica). Rio de Janeiro: Zahar, 1991.

GOMES, Ângela de Castro. Novas Elites Burocráticas. In: _____. (org.). *Engenheiros e economistas: novas elites burocráticas*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1994.

GOYENA, José Irureta. O novo projeto de código criminal brasileiro do professor Alcântara Machado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, nov. 1939.

GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Tradução Arno Dal Ri Jr. 2ª ed. rev. e ampl. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

_____. *L'Europa del Diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007b.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2005.

HISTORIQUE de l'Association Internationale de Droit Pénal. Disponível em:

http://www.penal.org/new/generale.php?langage=fr&Doc_zone=QUI&I_D_doc=11 Acesso em: 30 de maio de 2007.

HUNGRIA, Nelson. A repressão dos delictos políticos. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, abr-jun 1934.

_____. A lei de segurança. *Archivo Judiciario* (Suplemento), 1935a.

_____. A lei de segurança. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1935b.

_____. *Compendio de direito penal*. Parte Especial, I. Rio de Janeiro: Jacintho, 1936.

_____. Homenagem a Henri Robert. *Revista de direito penal*, Rio de Janeiro, 1936b.

_____. Direito penal autoritário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, set. 1937.

_____. O projeto de código de processo penal brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, fev. 1938.

_____. A parte especial do direito penal. *Archivo Judiciario* (Suplemento), 1935.

_____.; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. A autoria intelectual do Código Penal de 1940 [1954]. In: _____.; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. A evolução do direito penal brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jul. 1943.

_____. A evolução do direito penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 147, 1944a.

- _____. A evolução do direito penal brasileiro. *Arquivo Judiciário*, Rio de Janeiro, vol. 66, 1943b.
- _____. A evolução do direito penal brasileiro. *Justitia*, São Paulo, vol. 5, 1942a.
- _____. *Cultura, religião e direito*. Rio de Janeiro, 1943.
- _____. O Direito Penal no Estado Novo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Fev. 1941.
- _____. Código de Processo Penal e Lei das Contravenções. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, nov. 1941b.
- _____. Pragmatismo e direito penal [1934]. In: _____. *Questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1940a.
- _____. O tecnicismo jurídico-penal. In: _____. *Questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1940b.
- _____. Galdino Siqueira, comentador. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ago. 1940c.
- _____. Pena e Medida de Segurança. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, dez. 1944.
- _____. Introdução à Ciência Penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, out. 1942.
- _____. Costa e Silva, penalista [1945]. In: _____. FRAGOSO, H.C. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- _____. *Comentários ao Código Penal* [1948]. Vol. I, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- _____. Os pandectistas do direito penal [1949]. In: _____. *Comentários ao código penal*. Vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____. Em defesa do novo código penal [1941]. In: _____. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1945.
- _____. A justiça dos jurados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 166, 1956.
- _____. Carta de Nelson Hungria [1953]. In: LIMA, Carlos Araújo de. *Os grandes processos do júri*. Vol. II. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.
- _____. Desembargador Nelson Hungria: discurso de posse. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ago. 1944.

ISER, Wolfgang. *L'atto della lettura: una teoria della risposta estetica*. Tradução de Rodolfo Granafei. Bologna: Il Mulino, 1987.

ITALIA. Regio Decreto 23 marzo 1931, n. 249.

LIMA, Alexandre Delfino de Amorim. Influência da medicina nas decisões judiciárias. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, mai. 1944.

LISTE des Congrès Internationaux et questions traitées (1926 – 2004). Disponível em:

http://www.penal.org/new/generale.php?Doc_zone=QUI&langage=fr&ID_doc=13 Acesso em: 30 de maio de 2007.

LYRA, Roberto. *Direito Penal Normativo*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.

_____. *Novíssimas escolas penais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

_____. Escola Penal Brasileira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jul. 1940.

_____. *Introdução ao estudo do direito criminal*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1946a.

_____. Método jurídico e direito penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, fev. 1946b.

_____. *Guia do Ensino e do Estudo de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

LONGHI, Silvio. La nuova Corte di assise in Italia. In: *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale italiana*. Vol. I. Bologna: Zanichelli, 1932.

LOUREIRO, Osman. *O Direito Penal e o Código de 1940*. São Paulo: Forense, 1961.

LOTMAN, Juri M. *La cultura e l'esplosione*. Milano: Feltrinelli, 1993.

MARQUES, Tiago P. *Mussolini's Nose: a transnational history of the penal code of fascism*. Tese (Doutorado) – Department of History and Civilization, European University Institute, Fiesole-FI-Italia, 2007. Orientador: Peter Becker.

MARTINS, Luciano. *Estado Novo* (verbetes). Dicionário Histórico e Biográfico Brasileiro. Disponível em: http://www.cpdoc.fgv.br/dhbb/verbetes_htm/1005_1.asp Acesso em: 15 jun. 2007.

MASSARI, Eduardo. *La norma penale*. S. Maria C. V.: Francesco Cavotta, 1913.

MECCARELLI, Massimo. Regimes jurídicos de exceção e sistema penal: mudanças de paradigma entre Idade Moderna e Contemporânea. In: DAL RI JUNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *A construção do direito penal e do processo penal modernos: anais do encontro de história do direito/jornadas do IBHD*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Digital.

_____. Dissenso político e expansão do sistema penal: uma análise comparada sobre os regimes de legalidade na Itália e na França ao fim do século XIX. In: DAL RI JUNIOR, Arno; NUNES, Diego (org.). *Regimes de legalidade e a construção do direito penal moderno: a questão do crime político: anais do encontro de história do direito/jornadas do IBHD*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Digital.

MENDONÇA, Joseli. Descaminhos de um eminente jurista criminal. In: _____. *Evaristo de Moraes: Justiça e Política nas Arenas Republicanas (1887-1939)*. 2004. 362 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-graduação em História, Departamento de História, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2004. Orientadora: Sílvia Hunold Lara.

MONTEIRO LOBATO, José Bento. *Mr. Slang e o Brasil e Problema Vital* [1927]. 13 ed. São Paulo: Brasiliense, 1972.

MORAES, Evaristo. *Reminiscências de um Rábula Criminalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Briguiet, 1989.

NUNES, Diego. O movimento das normas processuais especiais dos crimes políticos para a repressão durante o governo Vargas (1935/1945). In: DAL RI JUNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *A construção do direito penal e do processo penal modernos: anais do encontro de história do direito/jornadas do IBHD*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Digital.

_____; SONTAG, Ricardo. A ausência dos crimes políticos no Código Penal de 1940. In: *Anais do VII Congresso Internacional de Estudos Ibero-Americanos*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2008.

_____. Os crimes políticos nos escritos de Nelson Hungria. In: DAL RI JUNIOR, Arno; NUNES, Diego (org.). *Regimes de legalidade e a construção do direito penal moderno: a questão do crime político: anais do encontro de história do direito/jornadas do IBHD*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Digital.

OLIVEIRA, Olavo. *O Júri na Terceira República*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949.

PANDOLFI, Dulce C. Os anos 1930: as incertezas do regime. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (org.). *O Brasil Republicano*. Vol. II (O tempo do nacional-estatismo). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. Apresentação. In: _____ (org.). *Repensando o Estado Novo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

PASSANO, Mario Da. Le definizioni nella storia del diritto penale italiano contemporaneo. In: CADOPPI, Alberto (a cura di). *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*. Padova: CEDAM, 1996.

PETIT, Carlos. *Discurso sobre el Discurso*. Oralidad y Escritura en la Cultura Jurídica de la España Liberal. Huelva: Universidad de Huelva, 2000.

_____. El Código inexistente: Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX. *Historia contemporánea*, n. 12, 1995.

PETRONIO, Ugo. Una categoria storiografica da rivedere. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 13, 1984.

PIRANDELLO, Luigi. La giara [1917]. In: _____. *Il berretto a sonagli; La giara; Il piacere dell'onestà*. Milano: Mondadori, 1992.

RIBEIRO FILHO, Carlos Antonio Costa. Clássicos e Positivistas no Moderno Direito Penal Brasileiro: uma interpretação sociológica. In: PEREIRA, Carlos Alberto Messeder; HERSCHMANN, Michael (org.). *A invenção do Brasil moderno*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

ROCCO, Alfredo. La nuova corte d'assise. *Rivista Penale*, Roma, anno 1931-IX E.F.

_____. Sui disegni di legge “Delega al Governo del Re della facoltà di arrecare emendamenti alla legge di pubblica sicurezza” e “Delega al Governo del Re della facoltà di emendare il Codice Penale, il Codice di procedura penale, le leggi sull’ordinamento giudiziario e di apportare nuove modificazioni e aggiunte al Codice Civile” (27/05/1925). In: _____. *Discorsi parlamentari*. Bologna: Il Mulino, 2005.

_____. Sui disegni di legge “Delega al Governo del Re della facoltà di arrecare emendamenti alla legge di pubblica sicurezza” e

“Delega al Governo del Re della facoltà di emendare il Codice Penale, il Codice di procedura penale, le leggi sull’ordinamento giudiziario e di apportare nuove modificazioni e aggiunte al Codice Civile” (Senato del Regno, 17/12/1925). In: _____. *Discorsi parlamentari*. Bologna: Il Mulino, 2005.

ROCCO, Arturo. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. *Rivista di diritto e procedura penale*, vol. I, 1910.

ROSONI, Isabella. Dalle codificazioni preunitarie al codice Rocco. In: PAVARINI, M.; INSOLERA, G.; MAZZACUVA, N. et al (a cura di). *Introduzione al sistema penale*. Vol. I. Torino: Giappichelli, 1997.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza. In: MARINI, Giuliano (a cura di). *La polemica sulla codificazione*. Napoli: ESI, 1982.

SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell’Italia Unita. In: COSTA, Pietro et al. *Stato e Cultura Giuridica in Italia dall’Unità alla repubblica*. Roma: Laterza, 1990.

_____. Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, vol. XXVIII, 1999.

_____. Storia del diritto e storia della società. In: GROSSI, Paolo (a cura di). *Storia sociale e dimensione giuridica*. Milano: Giuffrè, 1986.

SCHIPANI, Sandro. Diritto Romano, rivoluzioni, codificazioni. *Index: Quaderni camerti di studi romanistici*, n. 14, 1986.

SENESE, Salvatore. La riserva di codice. In: CURI, Umberto; PALOMBARINI, Giovanni (a cura di). *Diritto penale minimo*. Roma: Donzelli, 2002.

SILVA, Wilton. Os doutores advogados: elites e disputas políticas em um período de mudanças (1870-1930). *Diálogo Jurídico*, vol. VI, p. 27-44, 2007.

SIQUEIRA, Galdino. Objeto da Ciência Penal – Fórmias de Governo – A Nova Democracia. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Fev. 1938.

SKIDMORE, Thomas. A Era Vargas (1930 – 1945). In: _____. *Brasil. De Getúlio à Castelo*. 12ª ed. Tradução coordenada por Ismênia Tunes Daritas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

SOLA, Lourdes. O Golpe de 37 e o Estado Novo. In: MOTA, Carlos Guilherme (org.). *Brasil em Perspectiva*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 1990.

SOLIMANO, Stefano. Aspectos da história das codificações modernas: conexões entre a dimensão ideológica do penal e os regimes de legalidade. In: DAL RI JUNIOR, Arno; NUNES, Diego (org.). *Regimes de legalidade e a construção do direito penal moderno: a questão do crime político: anais do encontro de história do direito/jornadas do IBHD*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Digital.

SONTAG, Ricardo. “A irresistível ascensão dos filósofos”. Teoria da legislação e o problema penal em Jeremy Bentham. *Meritum: Revista de Direito da FCH/FUMEC*, Belo Horizonte, v. 3, 2007.

_____. Lei penal e exemplaridade econômica. A execução das penas como extensão dos enunciados legislativos em Jeremy Bentham. In: DAL RI JUNIOR, Arno *et al.* *Iluminismo e direito penal*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SOUZA, Maria do Carmo Campello de. Os mecanismos da centralização. In: _____. *Estado e partidos políticos no Brasil (1930-1964)*. São Paulo: Alfa Ômega, 1983.

SCHWARTZMANN, Simon (org.). *O Estado Novo, um Auto-retrato*. Arquivo Gustavo Capanema. Brasília: CPDOC/FGV, Ed. UnB, 1983.

TARELLO, Giovanni. Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici. In: _____. *Cultura giuridica e politica del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1988.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. La codificación, de utopia a tecnica vulgarizada. In: _____. *Códigos y Constituciones*. Madrid: Alianza Editorial: 1986.

VANDERLINDEN, Jacques. *Le concept de code en Europe occidentale du XIII au XIX siècle* : Essai de définition. Bruxelles: Editions de l’Institut de Sociologie de l’Université Libre de Bruxelles, 1967.

VANO, Cristina. Nazione e comparazione. Reti culturali e dottrine giuridiche nel tempo di Pasquale Stanislao Mancini. Apresentação oral em 3. Colloquio italo-tedesco sugli inizi del diritto pubblico. “*Verso la costruzione del diritto pubblico tra Medioevo e Modernità*”. Trento, 18-19 settembre 2009.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. 150 anos de ensino jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 2004.

VEYNE, Paul. *Como se escreve a história; Foucault revoluciona a história*. 4ª ed. revisada. Tradução Alda Baltar e Maria Auxiliadora Kneipp. Brasília: Ed. UnB, 1998.

_____. *O inventário das diferenças: história e sociologia*. Tradução Sonia Saizstein. São Paulo: Brasiliense, 1983.

VELLOSO, Mônica. Os intelectuais e a política cultural do Estado Novo. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (org.). *O Brasil Republicano*. Vol. II (O tempo do nacional-estatismo). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

VIDARI, Gian Savino Pene. Diritto romano, rivoluzioni per l'indipendenza e codificazioni del diritto in Italia e in America Latina. *Index: Quaderni camerti di studi romanistici*, n. 14, 1986.

VIORA, Mario. *Consolidazioni e codificazioni: contributo alla storia della codificazione*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1967.

VON LISZT, Franz; ARAÚJO, João Vieira de; BEVILÁCQUA, Clóvis. *Le Brésil. Legislation pénale comparée*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1911.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.